الوسيط في المذهب

تصنيف
الشيخ الإمام حجة الإسلام
محمد بن محمد بن محمد الغزالي
المتوفى ٥٠٥ هـ

وبهامشه

التنقيح في شرح الوسيط للإمام محيي الدين بن شرف النووي
شرح مشكل الوسيط للإمام أبي عمرو عثمان بن الصلاح
شرح مشكلات الوسيط للإمام موفق الدين حمزة بن يوسف الحموي
تعليقة موجزة على الوسيط للإمام ابراهيم بن عبد الله بن أبي الدم
وكلها تنشر لأول مرة

حققه وعلق عليه
محمد محمد تامر

المجلد السابع

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع
لصاحبها
عبد القادر محمود البكار
120 شارع الأزهر - ص.ب 161 الغورية
ت 5932820 - 2704280 - 2741578 فاكس 2741750

الطبعة الأولى 1417هـ - 1997م

رقم الإيداع 96/13868
الترقيم الدولي I.S.B.N.
977-5147-73-5

كتاب السِّيَر [1]

ومقصودُ الكتاب :

بيانُ الجهاد ، والنظرُ في وجوبِه ، وكيفيتِه ، وتركِه بالأمان [2] .

فنعقد في كل واحد بابًا .

---

(١) قال ابن الصلاح : (رحمه الله) « السير : جمع « سيرة » وهي الطريقة ، وتُطْلق كثيرًا ويُرَاد بها سيرة رسول الله ﷺ في جهاد الكفار وغزواته . ولما كان الاعتماد في هذا الكتاب على ذلك ، سُمّي كتاب « السير » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٠ / أ) .

(٢) في الأصل : « وتركه الأمان » والمثبت من (ب) ، والمقصود بقوله : (وتركه بالأمان) يعني ترك الجهاد بسبب الأمان الذي نعطيه للكفار ، كهدنة مثلًا وغير ذلك .

الباب الأول

في وجوبه

وقد يجب على التعيين [١] ، وقد يجب على الكفاية ، وهو الغالب .

والنظر في طرفين : في الواجبات على الكفاية ، وفي المعاذير المسقطة [٢] .

الأول

في الواجبات

فالجهادُ واجبٌ على الكفاية ، وقيل : كان على الصحابة (رضوان الله عليهم) فَرْضَ عَيْنٍ ، وكان مَنْ يتخلَّف يحرس [في] [٣] المدينة ، وكانوا يَتناوبون ويَغْزون مع رسول الله ﷺ في كل سنة بعد أَنْ نزل القتالُ .

وقد كان ﷺ قبل ظهور شوكة الإسلام مأمورًا بالدعوة والصبر على الأذى حتى نزل

---

(١) في (أ) ، (ب) : « العَيْن » وكلاهما صحيح .

(٢) قال النووي في تهذيب الأسماء واللغات (٣ / ٢ / ١٠) : « قوله : (والنظر في طرفين : في الواجبات على الكفاية ، وفي المعاذير المسقطة) المراد بالمعاذير : الأعذارُ . وهذا مما قد يُنْكر عليه ، فيقال : « العذر » لا يُجْمع على « معاذير » . وإنما جمعُه « أعذار » . فَيُجاب بأنّ هذا صحيحٌ فصيح موافق لقول الله عز وجل ﴿ وَلَوْ أَلْقَى مَعَاذِيرَه ﴾ ؛ فإنَّ جمهور العلماء من المفسرين وأهلِ العربية على أن المراد بـ « معاذيره » : الأعذار . ورُوِيَ في مسند أبي عوانة في كتاب « اللعان » أن رسول الله ﷺ قال : « لا شَخْصَ أحبّ إليه المعاذيرُ من الله تعالى ، ولذلك بَعَث النبيين مبشرين ومنذرين » . والمراد بالمعاذير : الأعذار ؛ فقد جاء في الروايات الأُخر « العذر » وبه يَصحُّ المعنى . فقد جاءت « المعاذير » في الكتاب والسنة بمعنى « الأعذار » فَوَجَبَ قبولُه . وهو – والله تعالى أعلم – جمع « معذور » بمعنى العذر ، فالمعذور – على هذا – مصدر ، كما قالوا : مجنون ، ومجلود ، ومعقول ، بمعنى : الجنون ، والجلد ، والعقل ، فهي مصادر مسموعة خارجة عن القياس . وكذا المعذور بمعنى « العذر » فالمعاذير جمع « معذور » وإن لم يُسْمَع وَاحِدُه ، كما قالوا في جمع « الذكر » : « مذاكير » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

الحثُّ على الجهاد [1] .

والآن ، فيجب على الإمام في كل سَنَة - أو ما يقرب منها - غزوةٌ ، يُنهض إليها جُنْدَه ؛ إدامةً للدعوة القهرية ، وإظهارًا للإسلام . ثم يَرْعَى النَّصَفة في المناوبة بين الجند ، ولا يُخصِّص بعضَ أقاليم الكفار ، ولكن يُقَدِّم الأهم فالأهمَّ ، ويتشوّف إلى بثّ النكاية والرُّعْب في الجميع .

وإنما يصير الفرضُ على الكفاية لا على التعيين [2] إذا كان الشيءُ مقصودَ الحصولِ في نفسه للشرع ولم يكن الشخص مقصودًا بالامتحان ، وذلك [ينقسم] [3] ثلاثةَ أقسام :

قسمٌ يتعلّق بمَحْض الدين : كإقامة الدعوة الحجاجِيَّة بالعلم ، والقهرية بالسيف ، فلا ينبغي أن تَخْلُوَ خطةُ الإسلامِ عنه ، وهذا يتعلَّق بأصل الدين . ومنها ما يتعلَّق بفروع الدين وشعارِه [4] ، كإحياء الكعبة بالحج كلَّ سنة ، وإشاعةِ الأمر بالمعروف ، وردِّ السلام ، وهو من الشعائر وإن لم تتعلَّق به مصلحةٌ كلية ، بل مصلحة حسن المعاملة . وأما إقامة الجماعات والأذان - سوى أيام الجُمَع - ففيه تردد .

القسم الثاني : ما يتعلّق بالمعاش . كدفع الضرر عن محاويج المسلمين وإزالة فَاقَتِهم ، فإنْ بقيت ضرورةٌ بعد تَفْرقة الزكوات كان إزالتُها (5 من فرض الكفاية 5) ، وإن بقيت حاجةٌ ، ففي وجوب إزالتها ترددٌ [6] .

وأما البياعاتُ والمناكحات ، والحراثة، والزراعة ، وكلُّ حرفة لا يَسْتغنى الناسُ عنها ، لو

---

(١) ويدل على هذا ما رواه النسائي في سننه (٦ / ٣) كتاب « الجهاد » باب « وجوب الجهاد » بإسناده عن ابن عباس أن عبد الرحمن بن عوف وأصحابًا له ، أَتوا النبي ﷺ بمكة ، فقالوا : يا رسول الله ، إنا كنا في عِزٍّ ونحن مشركون ، فلما آمَنَّا ، صِرْنَا أذلة ، فقال : إني أُمرتُ بالعفو ؛ فلا تقاتلوا ، فلما حَوَّلَنا الله إلي المدينة ، أَمَرَنا بالقتال ، فكفُّوا ، فأنزل الله عز وجل :﴿ أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ قِيلَ لَهُمْ كُفُّوا أَيدِيَكُمْ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ ﴾ [النساء : ٧٧] .

(٢) في (ب) : « العين » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وشعائره » .

(٥) في (ب) : « من فروض الكفايات » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإن بقيت حاجة ، ففي وجوب إزالتها تردد) المرادُ بها تمامُ الكفاية التي تجب على مَنْ تلزمه النفقة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٠ /أ) .

تُصُوِّر إهمالُها : لكانت من فروض الكفايات ، حتى الفصد والحجامة ، ولكنْ في بواعث الطباع مندوحةٌ عن الإيجاب ؛ لأنَّ قوام الدنيا بهذه الأسباب (١) ، وقوامُ الدين موقوفٌ على قوامِ أمرِ الدنيا ونظامِها لا محالةَ .

القسم الثالث : ما هو كالمركب من القسمين . كتحمُّلِ الشهادات ، وإعانة القضاة على تَوْفِيَةِ الحقوق ، وتجهيز الموتي ، ودفنهم ، وغسْلهم ، وهذه مصالحُ ، ولكن يتعلق بها أيضًا إظهارُ (٢) شعائر الدين .

وهذه الفروضُ مذكورةٌ في مواضعها ، وإنما نذكر الآن الجهادَ والتعلُّمَ والسَّلامَ ، ولْتَعْلَمْ أنه إذا تعطّل فرضُ كفايةٍ في موضع ، أَثِمَ مَنْ علم ذلك وقدر على إقامته ، ويأثم مَنْ لم يعلم إذا كان قريبًا من الموضع وكان يَليق به البحثُ فلم يبحث . أما مَنْ هو معذورٌ – لِبُعْدِه ، أو لِتعذُّرِ البحث عليه – فلا يأثم .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (لأن قوام الدنيا بهذه الأسباب) تعليلٌ لما تقدَّم من قوله : (لكانت فرضًا على الكفاية) والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٠ / أ) .

(٢) كلمة : « إظهار » ساقطة من (أ) ، (ب) .

الطرف الثاني
في مُسْقِطَات الوجوب

وهو العجز : إما حِسيًّا أو شرعيًّا .

أما الحِسّيُّ . فهو الصِّبَا ، والجنُونُ ، والأنوثة ، والمرض ، والفقر ، والعرج ، والعمى (١) فلا جهادَ على هؤلاء ؛ لِعَجْزِهم وضَعْفِهم .

وقيل : الأعرجُ كالصحيح إن كان يُقَاتِل راكبًا ، وهو بعيد ؛ (٢ لعمومِ قوله تعالى ٢) : ﴿ وَلَا عَلَى ٱلْأَعْرَجِ حَرَجٌ ﴾ (٣) ، (٤ ولأنه لا تَنْدُر ٤) الحاجةُ إلى الترجُّل في مضايق القتال .

وكلُّ مَنْ لا يملك نفقةَ الذهابِ والإيابِ والمركوب ، فهو فقيرٌ ، وتفصيلُه ما ذكرتُ في الحج ، إلا في شيئين :

أحدهما : أنه يشترط وجودُ السلاح هاهنا ، بخلاف الحج .

والآخر : أنه / لا يَسْقط الجهادُ بالخوف من المتلصصين على الطريق وإن كانوا من المسلمين ؛ (٥ لأنّ أهم الجهاد مع المتلصصين ، ومصير هؤلاء إلى الخوف الأعظم ٥) . ٢٦١/ب

أما الموانعُ الشرعية ، فهو : الرقّ ، والدَّيْن ، ومَنْعُ الوالدين .

أما الرقيقُ فلا جهادَ عليه ، كما لا جُمعةَ ولا حجَّ عليه ، ولا يلزمه الجهاد وإن أمره السيد ؛ إذ لاحقَّ له في روحه حتى يغرر به ويُعَرِّضَه للهلاك . وكذلك لا يجب على العبد أن يَدْفع عن السيد إذا قُصِد بالهلاك مهما خَاف على روحه ، بل سيدُه كالأجانب في هذا المعنى . نعم ،

---

(١) كلمة : « العمى » ساقطة من (ب) .

(٢) في (ب) : « لقوله تعالى » .

(٣) من الآية (٦١) من سورة (النور) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ولأنه لابُدّ من الحاجة » . وقوله : (لا تندر الحاجة) أي : تكثر الحاجة إلى المشي على الأرجل والتنقل والحركة .

(٥) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

إن خرج سيدُه للجهاد ، فله استصحابُه للخدمة على العادة ، لا ليقاتل قهرًا .

أما الدَّيْن ، فالحالُّ منه يمنع من الخروج (١ إلا أن يرضى المستحق ١) . والمؤجَّل (٢) لا يَمْنع عن سائر الأسفار وإن قربت المدة وطال السفر ، لكن على المُسْتَحِقّ الخروجُ معه - إن شاء - لِيُطَالب .

وأما سفر الجهاد ، ففيه أربعة أوجه :

أحدها : أنه يُمْنَع منه ؛ لأنّ المصير فيه إلى الموت ، وبه يحل الأجَلُ ، بخلاف سائر الأسفار . وهو ضعيف .

والثاني : أنه كسائر الأسفار ، فلا يَمْنع (٣) .

والثالث : أنه يمنع إلا إذا خَلف وفاءً بالدين .

والرابع : أنه إن كان من المرتزقة لم يُمْنَع ؛ إذْ ربما كان وجهه في قضاء الدَّيْنِ من القتال ، وإلا فَيُمْنَع (٤) .

وأما رِضاءُ الوالدين فشرطٌ ؛ رُوي أن رجلًا جاء فقال لرسول الله ﷺ :أُريد أنْ أُجَاهد معك ، فقال : كيف تركتَ والديْكَ ؟ ، فقال : تركتُهما يَبْكيان ، فقال : « ارجِعْ وأَضْحِكْهُمَا كما أبكيْتَهُمَا » (٥) .

---

(١) في (أ) : « إلا برضى المستحق » . وفي (ب) : « إلا برضاء المستحق » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « والآجل » .

(٣) وهذا هو الأصح كما في الروضة (١٠ / ٢١١) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذ ربما كان وجهه في قضاء الدين من القتال) أي : تكون جهتُه في قضاء دينه حاصلةً في قتاله - مما يحصل له من الرزق - مضافًا إلى الغنيمة ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٢٠ / أ) .

(٥) حديث صحيح : رواه ابن ماجه (٢ / ٩٣٠) (٢٤) كتاب « الجهاد » (١٢) باب « الرجل يغزو وله أبوان » حديث (٢٧٨٢) بإسناده عن عبد الله بن عمرو مرفوعًا . ورواه أبو داود في سننه (٣٨/٣) (٩) كتاب « الجهاد » (٣٣) باب « الرجل يغزو وأبواه كارهان » وفيه : « جئت أبايعك على الهجرة وتركت أبويَّ يَبْكيان .. » ورواه النسائي (٧ / ١٤٣) (٣٩) كتاب « البيعة » (١٠) باب « البيعة على الهجرة » رووه جميعًا من طرق عن عطاء بن =

أما حج الإسلام بعد الاستطاعة ، فيجوز بغير رضاهما (١) ؛ لأنه فرضُ عينٍ ، وفي التأخير خطر ، والغالبُ السلامةُ مع أَمْنِ الطريق .

أما سفر طلب العلم ، فإن كان العلم المطلوب معينًا (٢) ، أو كان يطلب رتبة (٣) الاجتهاد حيث شَغَر البلدُ عن المجتهد ، فلا يُشْترط الإذنُ كالحج ، بل أولى ؛ لأنه على الفور . وإن كان يطلب رتبة الفتوى - وفي البلد مُفْتُون - ففيه وجهان ، الظاهرُ أنه يجوز بغير إذنٍ ؛ لأنه حرّ مستقلّ ، وإنما عليه دَفْعُ ضرر التحزن في سفر مُهْلِكٍ كالجهاد . ومنهم من قال : لابد من الإذن ؛ لأنّ دَفْعَ الضررِ عنهما واجبٌ ، وهذا ليس بواجبٍ .

أما الأسفارُ المباحة - كالتجارة وغيرها ، مما فيه خطرٌ ، كركوب البحر ، والبوادي المخطرة - فلا يجوز إلا بإذن (٤) ، وما عدا ذلك فالظاهرُ جوازُه ، لأنّ في مَنْعِه إضرارًا به أيضًا ، وحقُّه أولى ، وفيه وجه إذا كان فوق مسافة القصر .

وأما الأب الكافر ، فلا يجب استئذانُه في الجهاد ، لأنه يَكْرهه لا محالة . وأما سائر الأسفار فيحتمل أن يُلحق فيه بالأبِ المسلم . وفي إلحاق الأجداد والجداتِ بالوالدين - احتمالٌ ظاهر .

فرع : لو رَجَع الوالد وصاحبُ (٥) الدين عن الإذن ، أو تجدَّد دَيْنٌ ، وبلغَه الكتابُ - وهو في الطريق - لزمه الانصرافُ إنْ قدر . فإنْ كان الطريق مخوفًا ، فالظاهر أنه يجب عليه الوقوفُ بقرية إن أمكن ، إذْ غرضُهم تَرْكُ القتالِ . وإن بلغه الكتابُ [وهو] (٦) في أثناء القتال ، لم يَجُزِ الانصرافُ إن كان يحصل به تخذيل ووهْنٌ للمسلمين ، وإن لم يكن فثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : الوجوب كما قبل الاشتغال .

= السائب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص مرفوعًا . والحديث صححه الشيخ الألباني كما في صحيح ابن ماجه (٢ / ١٢٦) .

(١) في (ب) : « رضائهما » .

(٢) في (ب) : « متعينًا » وهو فرض العين .

(٣) في (أ) ، (ب) : « درجة » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « إلا بالإذن » .

(٥) في (أ) ، (ب) : أو صاحب » .

(٦) زيادة من (ب) .

والثاني : أنه[١] لا يجب ؛ لأن فتح هذا الباب يشوش القتال[٢] .

والثالث : أنه يتخير ؛ لتعارضِ الأمرين .

وقد ذكر بعضُ الأصحاب أنَّ فرض الكفاية يتعينَّ بالشروع كالجهاد ، وبنوا عليه أنَّ مَنْ أَنِسَ في التعلم رشدًا في نفسه [٣] لزمه الإتمامُ ؛ فإن صلاة الجنازة تتعينَّ بالشروع .

وقال القفّال : لا تتعين صلاة الجنازة ، وذلك في العلم أولى ؛ لأنَّ كلَّ مسألة عبادةٌ منفصلةٌ عن الأخرى ، والصلاةُ خصلةٌ واحدة ، ولا يليق بأصل الشافعي (رضي الله عنه) تغييرُ الحكمِ بالشروع [٤] .

هذا كلُّه في قتالٍ هو فرضُ كفايةٍ .

أما إذا تعينّ ؛ بأن وطىءَ الكفارُ بلدةً من بلاد المسلمين ، فيتعينَّ على كل من فيه مُنَّة من أهل تلك البلدة ، أن يَبْذل المجهود ، ويَحلُّ القيدَ عن العبيد ، فلهم القتال ، بل يجب عليهم ذلك ، وكذلك على النسوة إن كان فيهنَّ مُنّةٌ على حال .

وإن كان في الأحرار استقلال دون العبيد ، ولكن تزداد بهم قوةُ قلبٍ ، ففي انحلال الحبس عن العبيد وجهان [٥] .

---

(١) كلمة : « أنه » ليست في (أ) ، (ب) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٢١٢/١٠) .

(٣) في (ب) : « من نفسه » .

(٤) قال ابن الصلاح : « يعني أصل الشافعي في التطوع أنه لا يلزم بالشروع ، وقد ثبت في كتاب « العبادات » أنَّ أصْلَ الشافعي في القضاء الواجب على التراخي ، وفي الصلاة في أول الوقت – التعينُّ بالشروع حتى لا يجوزَ له الخروجُ منها ، وثبت أن ترجيح الغزاليِّ القولَ بجوازِ الخروج منها خلافُ المذهبِ ، فإذنْ أصلُ الشافعيِّ أن الشروع لا يُغَيِّر من صفة النَّفْل إلى صفة الوجوب » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٠ / أ) .

(٥) والأصحُّ انحلالُ القَيْدِ عنهم ، ووجب خروجُهم مع الأحرار . انظر الروضة (١٠ / ٢١٤) .

وكذلك لو حصل الكفايةُ بطائفةٍ نهضوا وخرجوا ، فهل يتعينُّ على الباقين المساعدةُ ؟ ، فيه وجهان [١] .

ووجهُ إيجابِه [٢] تعظيمُ هذا الأمرِ ، وتفخيمُ الرعبِ والزجرِ .

ولو تهجموا ، ولم يَبْقَ لهم مهلةُ الاستعداد ، فعلى كلِّ واحدٍ من المرأة والعبد والمريض أنْ يَدْفَع بغاية الإمكان . فإن علم أنه لو كاوح يُقْتَل [٣] قطعًا [٤] ، ولو استسلَمَ أُسِرَ ، وربما / يَجِدُ خَلاصًا : فليس عليه المكاوحة . ٢٦٢/أ

والمرأةُ إن علمت ذلك ، ولكن تَعْلم أنها تُقْصَد بالفاحشة ، ففي وجوب المكاوحة وجهان :

أحدهما : نعم حتى تُقْتَل ؛ فإن الفاحشةَ لا تُبَاح بخوف القتل [٥] .

والثاني : لا ؛ لأن القتلَ معلومٌ ، والفاحشةُ موهومةٌ .

هذا في أهل الناحية ومَنْ هو فيها دون مسافة القصر . أما مَنْ وراء ذلك فيتعينَّ عليهم المساعدة إن لم يكن دونهم كفاية ، وإن كان ، ففيه وجهان مرتبان على أهل الناحية ، وأولى أن لا يجب [٦] .

ولا يُشْترط المركوبُ فيمن هو دون مسافة القصر . وفيمن وراءه ، هل يُعْذَر لعدمِ المركوب ؟ ، فيه وجهان :

---

(١) والأصح وجوبُ المساعدة عليهم . انظر الروضة (١٠ / ٢١٥) .

(٢) أي إيجاب المساعدة .

(٣) في (أ) : « لَقُتِلَ » .

(٤) قال ابن الصلاح : قوله : (فإن علم أنه لو كاوح لَقُتِلَ قطعا) المراد بهذا العلم الظنُّ الغالبُ الذي مِنْ شأنِه أن يَجزم به صاحبُه ويُعْرِض عن الاحتمال .

وقوله : « كاوح » معناه : دافع وقاتل ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٠ / ب) .

(٥) قال في الروضة (١٠ / ٢١٥) : « ولو علمت المرأة أنها لو استسلمت امتدت الأيدي إليها ، لزمها الدفع وإن كانت تقتل » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « وأولى بأن لايجب » .

أحدهما : يُعْذر ؛ كما في الحج .

والثاني : لا ؛ لأن هذا أهمُّ وأعظمُ .

فرع : استيلاؤهم على مَوَات دار الإسلام، هل يُنَزَّل منزلةَ دخولهم البلادَ، فيه وجهان [١] . ولا شك أن الأمر أهونُ فيه ، إلا إذا خِيفَ السرايةُ .

ولو أَسروا مسلمًا أو مسلمينْ ، فهل يتعينُّ القتال كما [لو] [٢] استولوا على الديار ؟ فيه خلاف . والظاهر أنه يتعينَّ إذا أمكن إلا حيث يعسر [٣] التوغل في ديارهم ويحتاج إلى زيادة أُهْبَة ، فقد رخّص فيه في نوع من التأخير ، ولكن لايجوز إهماله . هذا كله في الجهاد .

أما العلمُ ، فمِنْه فرضُ عينٍ ، وهو الذى لابُدّ منه في الصلاة والزكاة وغيرهما .

وإن كان تاجرًا ، فيلزمه تَعَلُّمُ شروطِ المعاملة على الجملة دون الفروع النادرة [٤] كما ذكرناه في كتاب « آداب الكسب » من كتاب « إحياء علوم الدين » [٥] . وقد فرقنا بين ما يجب على الأعيان وما يجب على الكفاية من العلم في كتاب « العلم » من كتب « الإحياء » [٦] .

وأما الأصول ، فلا يتعينّ على كل شخصٍ إلا اعتقادٌ صحيح في التوحيد وصفات الله تعالى . فإن اعتراه شكٌّ تكلَّف إزالتَه ، وليس عليه تعلُّم الكلام [٧] .ولابد في كل قطر من

---

(١) نقل إمامُ الحرمين عن الأصحاب أن ذلك يُنَزل منزلة دخولهم دارَ الإسلام . انظر الروضة (١٠ / ٢١٦) . الغاية (٢ / ٩٤٥) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « إلا إذا عسر » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله في التاجر : (يلزمه تعلُّمُ شروطِ المعاملة على الجملة دون الفروع النادرة) يعني ما هو مشروطٌ في جملة المعاملات ، والغالبُ الظاهرُ اشتراطُه دون ما يُشْترط في صور نادرة الوقوع ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٠ / ب) .

(٥) انظر إحياء علوم الدين (٢ / ٥٩ – ٦٣) .

(٦) انظر إحياء علوم الدين (١ / ١٨ – ٢٠) .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (فإن اعتراه شَكٌّ تكلَّفَ إزالتَه وليس عليه تعلُّمُ الكلامِ) فقوله : (ليس عليه تعلم الكلام) يَرْجع إلى قوله أولًا : (فلا يتعينُّ على كلّ شخصٍ) ولا يرجع إلى قوله : (فإن اعتراه شك) ؛ لأن شكه إذا كان بحيث لا يزول إلا بعلم الكلام ، لَزِمَه تعلُّمُه ، كما بيَّنَه هو في غير هذا الكتاب والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ق ١٢٠/ ب) .

مُتَكَلِّم مشتغلٍ بإماطة الشُّبَهِ وإبطالِ البدع . وقد ذكرنا تفصيل ذلك [١] في كتاب « الاقتصاد في الاعتقاد » وفَنُّ الفقهِ لا يحتمل شَرْحَه .

وأما السلام ، فالابتداءُ به سنةٌ مستحبة على الآحاد ، وسنةٌ على الكفاية من الجَمْع . وصيغتُه أن يقول : « السلام عليكم » [٢] ، وإن كان المخاطَبُ واحدًا ؛ تعميمًا للملائكة . والجوابُ فرض معين [٣] على المخاطب وحده ، وإن كان المخاطَبُ جمعًا ففرضٌ على الكفاية عليهم ، ولا يَسْقط الحرج بجواب غيرهم . وصيغتُه أن يقول : « وعليكم السلام » [٤] . ويستحب أن يزيد : « ورحمة الله وبركاته » . ولو قال : « عليكم » لم يكن جوابًا . ولو قال : « وعليكم » ففيه وجهان .

ثم لا ينبغي أن يُسَلِّم على المصلِّي ، والذي يقضي حاجتَه ، وفي الحمام ، وعلى المرأة الأجنبية ، ويجوز في المساومة والمعاملة ، ويجوز على الأكل إذا لم تكن اللقمة في فيه ، ([٥] فيعسر عليه الجواب [٥]) ، ....

---

(١) يعني تفصيل البدع وإبطالها .

(٢) « قوله : (وصيغتُه أن يقول : السلام عليكم) ليس تَعَيُّنًا للسلام بالألف واللام دون « سلامٌ عليكم » وإنما المقصودُ به بيانُ أنه يقول : « عليكم » سواءٌ سلَّم على جماعة أو على واحد ، والله أعلم » . المشكل (ق ١٢٠ / ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « متعين » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله في الجواب : (وصيغته أن يقول : وعليكم السلام) لا يُسْتفاد منه أنَّ من قال في جوابه : السلام عليكم – قاصدًا به الجوابَ – لم يُجْزِه ، فإنه مُجْزِئٌ . تَطَابَقَ على ذلك نصُّ الكتاب ونصُّ السنة ثم نصُّ الشافعي في الأم ؛ قال الله تبارك تعالى : « قالوا : سلامًا . قال : سلام » ورويناه في صحيح مسلم من حديث أبي هريرة عن رسول الله ﷺ « أن الله تبارك وتعالى لما خلَق آدمَ (عليه السلام) قال : اذهبْ فَسَلِّم على أولئك النَّفَر – وهم نَفَرٌ من الملائكة جلوسٌ – فاسْتمعْ ما يُحَيُّونَكَ ، فإنها تحيَّتُكَ وتحيةُ ذريتِك ، قال : فذهب فقال : السلام عليكم ، فقالوا : « السلام عليك ورحمة الله » ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢١ / أ) .

(٥) في نسخة أخرى : « فيتعين الجواب عليه » . كذا على هامش الأصل .

وقال ابن الصلاح : « قوله : (ويجوز على الأكل ، إذا لم تكن اللقمةُ في فيه ، فيعسر الجواب عليه) وقع في نسخ عدة (فيتعينُّ الجواب) من « التعَيُّن » الذي يفهم منه اللزوم عينًا ، وهو غلطٌ ؛ فإنه حيث لا يُسَنُّ السلام لكون اللقمة =

أو الصَّبْرِ إلى الازدراد [١] .

وأما تشميت العاطس فمستحبٌّ ، وجوابُه غير واجب ، ثم هو على الكفاية . وذكرنا جملةً من آداب « السلام » و « التشميت » في كتاب « آداب الصحبة » فليطْلب منه [٢] .

* * *

= في فيه ، أو لكونه مُصَلّيا ، أو لغير ذلك ، لا يجب الجواب أصلًا ، وصوابه (فيعسر الجواب) كما في نسخ أخر . وَلْتُقْرَأْ « فَيَعْسُرَ » بالنَّصْب ؛ لمكانِ الفاء فيه ، الواقعة في جواب النفي ، ومعناه : إذا لم تكن اللقمة في فيه لم يَعْسُرْ عليه الجوابُ ، كما تَعسُر إذا كانت اللقمة في فِيهِ فيجوز إذن السلام عليه ، ويجب جوابه ، وهذا كما تقول : لم تَسْألْني فأُعطِيَك ، أي : لم تسألْني فلم أُعْطِكَ » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢١ / أ) .

(١) الازدراد : الابتلاع . انظر المصباح المنير (١ / ٣٨٥) مادة (ز ر د) .

(٢) في الأصل : « منها » . انظر إحياء علوم الدين (٢ / ١٧٦ - ١٨٨) .

الباب الثاني

في كيفية الجهاد

والنظر في تفصيل ما يجوز أن يُعَامِل الإمامُ به الكفارَ ، إما في أنفسهم : بالقتل والقتال ، أو الاسترقاق (١) . وإما في أموالهم : بالإتلاف والاغتنام (٢) .

النظر الأول

في معاملاتهم بالقَتْل (٣)

وفيه مسائل :

الأولى : فيمن تجوز الاستعانةُ به في القتال . والأصلُ فيه الأحرارُ المسلمون البالغون . ولكن يجوز للإمام الاستعانةُ بالعبيد إذا أَذِن السادةُ ، وبالمراهقين إذا كان فيهم مُنّة (٤) ، وبالمشركين إذا أَمِنَ غائلتَهم ، أو علم أنهم لو تحيَّزوا إلى الكفار لم يَعْجز الإمامُ عن جَمْعهم ، وقد استعان رسولُ الله ﷺ باليهود في بعض الغزوات (٥) .

---

(١) في (ب) : « والاسترقاق » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قد أَخلَّ [يعني الإمام الغزالي] فيما يُعَامِل به الكفارَ في أنفسهم بالأمان والمَنّ والفداء » . المشكل (جـ٢ ق ١٢١ / ب) .

(٣) في (أ) : « في معاملاتهم بالقتال » . وفي (ب) : « في معاملتهم بالقتل » .

(٤) المُنَّة : القوة . انظر القاموس المحيط ص (١٥٩٤) مادة (م ن ن) .

(٥) الحديث رواه الترمذي في سننه (٤ / ١٠٨)(٢٢) كتاب « السير » (١٠) باب « ما جاء في أهل الذمة يغزون مع المسلمين ، هل يسهم لهم ؟ » قال الترمذي : « ويروى عن الزهري أن النبي ﷺ أسهم لقوم من اليهود ، قاتلوا معه » . قال الحافظ ابن حجر : والزهريُّ ، مراسيلُه ضعيفةٌ . انظر التلخيص الحبير (٤ / ١١) . وقال ابن الصلاح : « قوله : (وقد استعان رسول الله ﷺ باليهود في بعض الغزوات) هذا قد ذكره الشافعي (رضي الله عنه) وقال : غزا بيهود بني قينقاع ، وشهد صفوان بن أمية معه حُنَيْنًا ، وصفوان مشرك ، قال الحافظ البيهقي – وهو صاحب التصانيف الفائقة في نُصْرة مذهب الشافعي من حيث الحديث – : « أما شهودُ صفوان معه حُنَيْنًا – وصفوانُ مشركٌ – فإنه معروفٌ فيما بين أهل المغازي ، وأما غَزْوُه بيهود بني قينقاع ، فإني لم أجدْه إلا من حديث الحسن بن عمارة ، وهو =

وأما المخذِّلُ الذي يُضْعف القلوبَ ويُكْثِر الأراجيفَ (١) فَيُخْرج عن الصف (٢) إذا حضر ؛ فإن شره عظيم ، ولا يستحق السهم والرَّضْخ (٣) وإن حضر ، وهو أقلُّ ما يُعَاقَبُ به .

وأما الذميُّ (٤) إذا حضر من غير إذنِ الإمامِ (٤) ، ففي استحقاقه الرَّضْخَ (٥) خلافٌ ؛ لأنه من أهل نصرة الدار إذ هو يَسْتوطن بها (٦) . وإن حضر بَعْد النهي ، لم يستحقّ .

المسألة الثانية : فيمن يُستأجر (٧) . والمذهب أن استئجارَ المسلم باطلٌ ؛ لأن الجهاد يَقَعُ عن فرضه ، فكيف يأخذ الأجرةَ وهو كالضرورة ؟ ولا يُسْتأجر على الحج .

هذا في حق الآحاد (٨) . أما السلطان إنْ رأى أن يَسْتأجر ، قال الصيدلاني : يجوز (٩) . وقد

= ضعيف » . وروى البيهقي بإسناد أصحّ من ذلك أنهم خرجوا ليعينوه ﷺ ، فقال : لِيَرْجِعُوا ؛ فإنا لا نستعين بالمشركين ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٢١ / ب) .

(١) أي يشيع الأباطيل – بين صفوف الجند – التي تُخَذِّلهم وتُوهِنُ من عزائمهم ، كأن يقول : عدونا كثير ، أو أقوى منّا ، أو نحن ضعاف ، أو لا طاقة لنا بهم ، وأمثال ذلك .

(٢) كلمة : « الصف » ساقطة من (أ) . وفي (ب) : « الحرب » .

(٣) الرَّضْخ : هي العطية القليلة مكافأة له . انظر : طلبة الطلبة ص(١٧٠) . المصباح المنير(١/ ٣٥٠) . المطلع على أبواب المقنع ص(٢١٦) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « إذا حضر بإذن الإمام » .

(٥) كلمة : « الرضح » ساقطة من (ب) .

(٦) في (ب) : « مستوطن بها » .

(٧) في الأصل : « يستجار » .

(٨) قال ابن الصلاح : « ذكر المؤلفُ أنَّ المذهبَ بُطلان استئجارِ آحادِ الرعية للمسلم الحرِّ على الجهاد ، وهذا يُوهِم أن فيه خلافًا ، فَلْيُتَأَوَّلْ ؛ إذ قد ذكر شيخُه أن البطلانَ متفق عليه ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٢١ / ب) .

(٩) قال ابن الصلاح : « المحكيُّ عن الصيدلاني في استئجار السلطان هو الجواز ، ووقع في بعض النسخ « لا يجوز » بحرف النَّفْي وهو غَلَطٌ في النَّقْل ؛ فإن قولَه إثباتُ الجواز ، وقولُه مع ذلك فيما إذا أُخرج المسلم قهرًا إلى الجهاد : (إنه لا يثبت له أُجرةُ المثلِ) كالمناقِض لذلك ، وقد تعجبَ منه إمامُ الحرمين ، ولم يذكر له هذا ، ويمكن أن يُعْتذر له بأن من أخرجه الإمامُ قهرًا ، يتعينُ عليه ذلك ؛ لأنه لا يجوز له مخالفتُه ، فلا يستحق أجرةً على ما تعينَّ عليه ، وهذا غير موجود في الاستئجار الاختياري الذي لا أمر فيه ولا قهر . فإن قلتَ : إذا حضر الوقعة تعينَّ الجهادُ عليه . قلتُ : تجعل الأجرة مقابَلَةً لِمَا قَبْلَ ذلك من المَسِير والسَّعْي ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٢ / ب)

خولف فيه ، والصحيحُ : أن ذلك جائز في معرض الإعانة [١] في الأهبة والزاد للطريق . وقد قال : « لو أخرجهم إلى الجهاد قهرًا لم يستحِقُّوا أجرةَ المثل / على الإمام » . وزاد فقال : « لو عين الإمامُ شخصًا لغُسْلِ ميتٍ ودفنِه ، لم يستحقَّ الأجرة » . وما ذكره في الجهاد صحيحٌ ، وإنما يصح في الدفن إذا لم تكن تركةٌ ولا في بيت المال مُتّسَعٌ . فعند ذلك يَصير من فروض الكفايات [٢] . ٢٦٢ب

أما استئجارُ العبد [٣] فجائزٌ إن قلنا : لا يجب عليهم القتالُ إذا وطىء الكفارُ بلادَ الإسلام . وإن قلنا : يجب ، فقد ثبتت [٤] لهم أهليةُ القتالِ ، فيقع عنهم .

وأما استئجار الذمي فجائزٌ ، ولكنه جَعَالةٌ أو إجارةٌ ؟ فيه خلافٌ ؛ لِمَا في أعمال القتال من الجهالة [٥] ، لكن الصحيح أنا نحتمل في معاملات الكفار – لمصالحِ القتالِ – ما لا نحتمل في غيره كما سيأتي في مسألة « القلعة » [٦] .

ولو جعلناه جعالةً للزم تجويزُ الانصرافِ من الطريق مهما شاء ، وهو بعيدٌ .

ثم في جواز استئجارهم [٧] لآحاد المسلمين خلافٌ كما في الأذان [٨] .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (والصحيح أن ذلك جائز في معرض الإعانة) أي لا تكون حقيقة الاستئجار ، بل على وجه المعاونة على الجهاد ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٣ / ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (فعند ذلك يصير من فروض الكفايات) تمامُه أن يقول : (فإذا عيَّنَ الإمامُ شخصًا تَعَيَّنَ ؛ فلم يَسْتحقَّ عليه أجرةً ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٢٣ / أ) .

(٣) في (ب) : « العبيد » .

(٤) في (ب) : « ثبت » .

(٥) يعني أن أعمال القتال غَيْرُ محددة ، ولا معلومةُ المقدارِ أو المشقة حتى يمكن الإجارةُ عليها . والصحيحُ أنها إجارةٌ ، وتُحتمل جهالة العمل ؛ لأن المقصودَ القتالُ .

(٦) في (أ) ، (ب) : « العلج » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « استئجاره » .

(٨) والأصحُّ أنه لا يجوز لآحاد المسلمين استئجارُ الذميين ؛ لأن الآحاد لا يَتَوَلَّوْن الأمورَ العامة ، وقد يكون في حضوره مفسدةٌ يعلمها الإمامُ دون الآحاد . انظر الروضة (١٠ / ٢٤٢) .

فرع :(١ إذا خرج أهلُ الذمة إلى الجهاد قهرًا ١) استحقوا أجرة المثل من رأس الغنيمة على رأي ، ومن بيت المال على رأي (٢) . فإنْ خَرجوا ولم يَقفوا في الصفِّ ، فلهم أجرة الذهاب ، ولو خَلَّى سبيلَهم قبل الوقوف لم يستحقوا أجرةَ مدةِ الرجوعِ لتعطُّلِ المنافعِ ؛ لأنهم على خيرتهم ، فيترددون كما شاءوا . ولو وقفوا ولم يقاتلوا فوجهان :

أحدهما : أنهم يستحقون أجرة القتال كما يستحق المسلمُ السَّهْمَ .

والثاني : أنهم لا يستحقون إلا منفعةَ مدةِ الوقوفِ والاحتباسِ إنْ قلنا : إن حَبْسَ الحرِّ يُوجبُ ضمانَ منافعِه .

المسألة الثالثة : فيمن يَمْتنع (٣) قَتْلُه . كالقريب ، والصبي ، والمرأة ، والراهب ، والعسيف (٤)

أما القريبُ ، فَقَتْلُه مَنْهِيٌّ عنه ؛ لقطيعة الرحم ، وإذا انضمت المحرميةُ إلى الرحم كان آكدَ ؛ نَهَى النبيُّ ﷺ حذيفةَ (٥) وأبا بكر (رضي الله عنهما) عن قَتْلِ أبويهما (٦) .

وأما الصبيانُ والنسوانُ فلا يُقْتلون ؛ لمصلحةِ الاسترقاق ، ولأنهم أيضًا ليسوا أهلَ القتالِ .

---

(١) في (ب) : « إذا أُخرج أهل الذمة في الجهاد قهرًا » .

(٢) والأصحُّ أنها تؤدي من خمس الخمس من الغنم . انظر الروضة (١٠ / ٢٤٢) .

(٣) في (ب) : « يمنع » . (٤) العسيف : الأجير .

(٥) هو حذيفة بن حِسْل – أو حُسَيْل – اليمان بن جابر العبسي أبو عبد الله من الولاة الشجعان الفاتحين ، وهو صاحب سرّ رسول الله ﷺ في تعريفه بأسماء المنافقين . تولّى أيام عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) المدائن ، وبقي بها إلى أن توفي فيها (رضي الله عنه) سنة (٣٦) هـ . انظر ترجمته في : أسد الغابة (١ / ٣٩٠) . طبقات ابن سعد (٦/ ١٥) . تاريخ ابن عساكر (٤ / ٩٣) . طبقات خليفة ص (٤٨) . الإصابة (١ /٣١٧) . طبقات الشعراني (١ / ٢٢) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (نهى رسول الله ﷺ حذيفة وأبا بكر عن قتل أبويهما) هذا غير صحيح ، وهو تصحيف ، وإنما هو (نهى أبا حذيفة بن عتبة عن قتل أبيه ، وذلك يوم بدر ، ونهى أبا بكر عن قَتْل ابنه عبد الرحمن ، وذلك يوم أحد) فتصَحَّف أبو حذيفة بحذيفة ، وفي أبي بكر « ابنه » بالنون « بأبيه » . ثم في ثبوت أصل الحديث – بعد سلامته من التصحيف – نَظَرٌ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٣ / أ) .

وقال الحافظ ابن حجر : « تفطَّن الرافعيُّ لِمَا وَقَع للغزالي في « الوسيط » من الوهم في قوله : (نهى رسول الله ﷺ =

وكذلك لا يجوز أن تُرْشَق المرأةُ بالنُّشّاب إذا عجز عن استرقاقها .

ومهما شكَّ في البلوغ ، كشف عن المؤتَزر ، وعوّل على نبات شعر العانة . فلو قال : استعجلتُه بالدواء ، فإن قلنا : إنه عَيْنُ البلوغ ؛ فلا يُقْتل . وإن قلنا : إنه علامة ، صُدِّق مع اليمين .

ولا يُعوَّل على اخضرار الشارب ، ويُعوَّل على ما خشن من شعر الإبط والوجه .

وأما الراهب ، والعسيف ، والحارف المشغول بحرفته (١) ، والزَّمِنُ ، والشيخ الضعيف الذي لا رأي له (٢ ففيهم قولان ٢) :

أحدهما : أنهم يقتلون ؛ لأنهم من جنس أهل القتال (٣) .

والثاني : لا ؛ لأن رسول الله ﷺ بعث إلى خالد (رضي الله عنه) وقال : « لا تقتل عسيفًا ولا امرأة » (٤) .

= حذيفة وأبا بكر عن قَتْل أبويهما) وهو وَهْمٌ شنيع ، تعقّبه ابنُ الصلاح والنوويُّ . قال النووي : « ولا يخفى هذا على من عنده أدنى علمٍ من النَّقْل » أي : لأنَّ والدَ حذيفة كان مسلمًا ، ووالد أبي بكر لم يشهد بدرًا » . التلخيص الحبير (٤ / ١١٣) .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (والحارف المشغول بحرفته) بالفاء ، أي : المحترف ، وهو الصانع ، ولم نجده مستعملًا على هذه الصيغة ، وقد قال الأصمعي : يقال : « فلانٌ يَحْرِف لعياله » أي : يكتسب من هاهنا وهاهنا . قلت : وعلى هذا يكون « الحارف » اسم فاعل ، من « حَرَفَ ، يَحْرِف » على وزن : ضرب ، يضرب ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٣ / ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فقولا ن » .

(٣) والأصح أنه يجوز قتلهم ، فإن كان فيهم من له رأي يستعين الكفارُ برأيه ، في تدبير الحرب ، قُتِل قطعًا . انظر الروضة (٢٤٣/١٠) .

(٤) حديث صحيح : رواه أبو داود في سننه (٣ / ١٢١) (٩) كتاب « الجهاد » (١٢١) باب « في قتل النساء » حديث (٢٦٦٩) . ورواه ابن ماجه (٢ / ٩٤٨) (٢٤) كتاب « الجهاد » (٣٠) باب « الغارة والبيات ، وقتل النساء والصبيان » حديث (٢٨٤١) . والحديث صححه الشيخ الألباني كما في صحيح سنن ابن ماجه (٢ / ١٣٧) .

وأما الشيخ ذو الرأي فَيُقتل إذا حضر ، وإن لم يحضر ففيه نَظَرٌ ، والظاهرُ قَتْلُه .

والشيخ الأخرق (١) إذا حضر ، فالظاهر أنه يُقْتل ، ويحتمل طرد القولين .

فإن قلنا : لا يُقتلون ، ففي إرقاقهم ثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنهم كالنسوة يرقون بنفس الأسْر (٢) .

والثاني : [أن] (٣) للإمام أن يرقهم إن شاء ، ولا يرقون بنفس الأَسْر .

والثالث : أنه يمتنع استرقُاقهم . وهذا في غاية الضعف .

وعلى هذا في استرقاقِ نسائهم وذراريهم ثلاثةُ أوجه ، تُسترقُّ في الثالث نساؤهم دون ذراريهم (٤) ؛(٥ لأنهم كأُجَرَائهم ٥). وأُجْرِي في سَبْيِ أموالهم الخلافُ، وهو تفريعٌ على بعيد (٦) .

ومنهم من ألحق السوقةَ بالعُسفاء في منع القتل أيضًا (٧) .

المسألة الرابعة : يجوز نَصْبُ المنجنيق وإضْرامُ النار ، وإرسالُ الماء على قلاع الكفار ، وإن علمنا أنه يتناول النساء والذراري ؛ لأن ذلك ليس قصدًا إلى عينهم ، ولأنهم منهم ، وإنما الكفُّ لنوعِ مصلحةٍ .

أما إذا تَتَرَّسَ كافرٌ بصبيٍّ أو امرأةٍ : فإن كان يُقَاتِل لم نُبَالِ بقصده وإن أصاب تُرْسَه ، وإن كان دافعًا فقولان :

---

(١) الأخرق : الأحمق . انظر القاموس المحيط (١١٣٥) مادة (خ ر ق) .

(٢) وهذا هو المذهب . انظر الروضة (١٠ / ٢٤٤) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) والأصح أنه يجوز سَبْيُ نسائهم وصبيانهم . انظر الروضة (١٠ / ٢٤٤) .

(٥) في الأصل : « لا أنهم كأجرائهم » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٦) يعني وهو تفريع على وجهٍ بعيد .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (ومنهم من ألحق السوقة بالعُسَفَاء) فَعَبَّر بلفظ « السوقة » عن أهل الأسواق ، وذلك باطلٌ من حيث اللغة ، فإن السوقة عبارةٌ عن الرعية من الجند وغيرهم ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٢٣ / ب) .

أحدهما : جواز قصد الترس كما في القلعة [1] .

والثاني : لا ؛ لأن هذا قصْدُ عينِه .

ومنهم من قال : القولان في الكراهية ولا تحريم .

ولو تَتَرسوا بهم في القلعة [2] : منهم من قال : يقصد الترس وإن أمكننا [3] فتح القلعة بغير ذلك ؛ زجرًا لهم عن هذه الحيلة . ومنهم من قال : إن عجزنا عن القلعة إلا بقتلهم [4] ففي جوازه أيضًا قولان ؛ إذ نحن في غُنْيَةٍ من أصل القلعة .

أما إذا كان في القلعة مسلمٌ ، فلا تُضرم النار ولا يُنصب المنجنيق إذا علمنا أنه يصيبه . وإن كان موهومًا فقولان :

أحدهما : المنع ؛ إذْ زوالُ الدنيا أهونُ عند اللهِ منْ سَفْكِ دمِ مسلم [5] ، وربما أصبناه .

والثاني : الجواز ؛ لأنه موهوم ، والقلاعُ قَلَّمَا تخلو عن الأسارى ، فلا يمكن تحصينهم عن / ٢٦٣/أ

---

(١) وهذا القول هو الراجح كما في الروضة (١٠ / ٢٤٥) . وقال ابن الصلاح : « قوله : (.. كما في القلعة) يعني كما سبق من جواز نَصْبِ المنجنيق على القلعة المُشْتَمِلة على الصبيان والنساء ، وإن كان مَنْ فيها دافعين ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٣ / ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من الخلاف فيما إذا تترسوا بهم في القلعة ، موضعُه ما إذا كانوا دافعين ، أما إذا كانوا يقاتلوننا فنرمي التُّرْسَ بلا خلاف ، والله أعلم » . مشكل الوسط (جـ٢ ق ١٢٣ / ب) .

(٣) في (ب) : « وإن أمكنَّا » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بقصدهم » .

(٥) وهو يشير إلى الحديث الذي رواه النسائي (٧ / ٨٢) كتاب « تحريم الدم » باب « تحريم الدم » باب « تعظيم الدم » بإسناده عن النبي ﷺ قال : « لزوال الدنيا أهون عند الله من قتل رجل مسلم » . ورواه الترمذي في سننه (٤ / ١٠) (١٤) كتاب « الديات » (٧) باب « ما جاء في تشديد قتل المؤمن » حديث (١٣٩٥) كلاهما عن ابن أبي عدي عن شعبة عن يعلى بن عطاء عن أبيه عن عبد الله بن عمرو به مرفوعًا . وقال الترمذي : « وحدثنا محمد ابن بشار حدثنا محمد بن جعفر ، حدثنا شعبة عن يعلي بن عطاء عن أبيه عن عبد الله بن عمر ونحوه ولم يرفعه . قال أبو عيسى : وهذا أصح من حديث ابن أبي عدي ، ثم قال : وهكذا روى سفيان الثوري عن يعلي بن عطاء موقوفًا ، وهذا أصح من الحديث المرفوع » . انظر سنن الترمذي (٤ / ١٠) . مشكل ابن الصلاح (جـ٢ ق ١٢٤ /أ) .

القتال بأن يُمْسِكوا في كل قلعة مسلمًا [1] .

فأما إذا تترس كافر بمسلم ، فلا يجوز قَصْدُ التُّرْسِ وإن خاف القاصدُ على نفسه ؛ لأن غايته أن يُجْعَل كالإكراه ، وذلك لا يُبيح القتلَ .

فإن قتل [2] الترس ، ففي وجوب القصاص قولان كما في المكره ، ومنهم من قطع بالوجوب وجَعَلَه كالمضطر في المخمصة .

أما إذا تترس الكفار في صف القتال بطائفةٍ من الأسارى ولو تركناهم لانهزم المسلمون وعَلَتْ رايتهم : فمنهم مَنْ جوَّز قَصْدَهم ؛ لأنهم سَيَقْتلون من المسلمين أكثر منهم ، والجزئياتُ مُحْتَقَرةٌ بالإضافة إلى الكليات [3] . ومنهم من منع وقال : ذلك موهومٌ فلا يُقْدَم بسببه على سَفْكِ دمِ المسلم [4] .

المسألة الخامسة : في الهزيمة . وهي محرمة بعد التقاء الصفين إلا بشرطين :

أحدهما : زيادة عدد الكفار على الضِّعْف .

والثاني : التحيز إلى فئة أخرى .

والصحيح أنه لا يجوز لمائة من الأبطال أن يَفِرُّوا من مائتين من الضعفاء وواحدٍ ، وإنما يُرْعَى

---

(١) قال في الروضة (١٠ / ٢٤٥) : « لو كان في البلدة ، أو القلعة مسلمٌ ، أو أسير ، أو تاجر ، أو مستأمن ، أو طائفة من هؤلاء ، فهل يجوز قَصْدُ أهلها بالنار والمنجنيق ، وما في معناهما ؟ فيه طرقٌ ، والمذهبُ : أنه إذا لم تكن ضرورة ، كُرِه ، ولا يحرم على الأظهر ؛ لئلا يُعَطِّلوا الجهاد بحبسِ مسلمٍ فيهم وإن كانت ضرورةٌ – كخوف ضررهم ، أو لم يحصل فتح القلعة إلا به – جاز قطعًا » .

(٢) في (ب) : « قصد » .

(٣) وهذا هو الصحيح المنصوص ، وبه قطع العراقيون أنه يجوز الرميُ على قصد قتال المشركين ، ويتوقى المسلمين بقدر الإمكان ؛ لأن مفسدةَ الإعراض أكثر من مفسدة الإقدام ، ولا يَبْعُد احتمالُ [قتل] طائفةٍ ؛ للدفع عن بيضة الإسلام ، ومراعاة للأمور الكليات . انظر الروضة (١٠ / ٢٤٦) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « مسلم » .

العددُ عند تقارُبِ الصفات . ومنهم من قال : اتباعُ الصفات يَعْسُر ، فَيُرْعى صورة العدد . وكذلك الخلاف في فرار عشرين من ضعفاء المسلمين عن تسعة وثلاثين من أبطال الكفار . ولاشك في أنهم لو قطعوا بأنهم يُقتلون لو وقفوا من غير نكاية منهم في الكفار : وَجَبَ الهربُ إذِ الذلُّ في الوقوف أكثر إذا كان لا يُرْجَى فلاحٌ بحال . وكذلك إذا لم يكن مع المسلمين سلاحٌ جاز الهربُ . وإن كان يمكن الرمي [١] بالحجارة ففي وجوب [٢] الهرب خلاف .

وإن علموا أنهم مغلوبون [٣] قطعًا – ولكن بعد نكايةٍ مَّا – ففي جواز المصابرة وجهان .

وأما التحيُّز إلى فئة أخرى ، فهو مباح . و [إن] [٤] كان تركه للقتال [٥] وانهزامُه في الحال ينجبر بعَزْمِه على الاتصال بفئة أخرى ، فأكثرُ المحققين على أن تلك الفئة وإن – كانت على مسافة شاسعة – جاز ؛ لعمومِ الآية ، ولأنَّ هذا أمرٌ بَيْنَه وبين الله تعالى ، ولا يمكن مخادعةُ الله تعالى في العزائم [٦] ، فإذا ظهرت له تلك العزيمةُ جاز التوجّهُ إليهم . ومنهم من قال : لابد من فئة يُتصوَّر الاستنجادُ بهم في هذا القتال وإتمامه ، ولا يمكن ذلك إلا بمسافة قريبة .

وعلى الوجه الأول ، هل يجب عليه تحقيقُ عزمه بالقتال مع الفئة الأخرى ؟ ، الظاهر أنه لا يجب ؛ لأن العزم قد رخص ، فإن زال العزم بعده فلا حَجْر ؛ إذ الجهاد لا يجب قضاؤه ، بل

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الهرب » .

(٢) في (ب) : « ففي جواز » .

(٣) في (ب) : « مقتولون » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) : « القتال » .

(٦) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من أنه لا تُمْكن المخادعة في العزم ، فيه إشارةٌ إلى الجواب عن سؤال مقدر ، وكأنَّ قائلًا قال : إن تجويز هذا يُفْضي إلى أن يَنْهزم كلُّ مَنْ أراد الهزيمة ، ويقول : « إنما تحيزتُ إلى فئة بعيدة ، وعَزْمي العودُ إلى القتال في غزوة أخرى » وذلك يَقْدح فيما تقرَّرَ من وجوب المصابرة وتحريم الهزيمة ، وجوابُه : أنه لا يجوز له تَرْكُ المصابرة إلا ببدلٍ ، وهو عزمُه على المعاودة ، والعزمُ مما لا يُمْكِن تكلُّفُه والمخادعةُ فيه ، فإذا تحقق منه العزم كان بدلا عن المصابرة ، ولا يلزم من ذلك نَفْيُ وجوبِ المصابرة رأسًا ، بل يكون ذلك من قَبيل الواجبِ المخيَّر الذي هو أحدُ أقسام الواجبات ، والله أعلم » مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٤ / أ) .

الصحيح أنه لا يلزم بالنذر ، فكيف يلزمه القضاء ؟ ، والمنهزم عاصٍ ليس عليه إلا الإثم .

وإن اعتبرنا الفئة القريبة ، فإذا لم تكن وَجَبت المصابرةُ ؛ إذ تعذَّر التحيز ، وحيث يجوز التحيز إنما يجوز إذا لم يدخل بسببه كَسْرٌ على المسلمين وقوةٌ على الكفار ، فإن (١) أدَّى إلى ذلك فهو ممتنعٌ .

والمتحيز إلى الفئة البعيدة قبل حيازة المغنم لا يشترك في المغنم . وفي المتحيز إلى فئة قريبة وجهان .

المسألة السادسة : تجوز المبارزة بإذن الإمام (٢) ، وفائدتُه صحةُ أمانِهِ لقرنه (٣) . فإن استقل دون الإذن (٤) ففي جواز أمانه للقرن ونفوذِه وجهان (٥) . وفي جواز أصل الاستقلال بالمبارزة أيضًا وجهان ؛ إذْ قد يكون للإمام رأي في تعيين الأبطال .

وفي جواز حَمْلِ الغزاةِ رءوسَ الكفار إلى بلاد الإسلام خلافٌ ؛ منهم من قال : هو مكروه ؛ إذْ لا فائدة فيه إلا أن يكون نكايةً في قلب الكفار فلا يُكْره .

المسألة السابعة : ينتهي جوازُ قَتْلِ الكافر بإسلامه ، وتحصُل به عصمتُه وعصمةُ مالِه

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فإذا » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (تجوز المبارزة بإذن الإمام) كان الأولى أن يقول : (بإذن صاحب الراية) كما قاله شيخه » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٤ / ب) .

(٣) أي لقرينه الذي يُبارزه من الأعداء .

(٤) في (أ) ، (ب) : « إذن » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (فإن استقلَّ دون الإذن ، ففي جواز أمانه للقرن وجهان) يعني إذا أمَّنه لئلا يتعرَّض له غيرُه إلى أنْ يرجع إلى صفِّ الكفار ، فهل يجب على المسلمين الوفاء بأمانه ؟ فيه خلافٌ مع أنه لا خلاف في صحة أمان الواحد من غير إذنِ الإمام ، وذاك لأن الذي أمَّنَه هاهنا مُقَاتِل ، ومحلُّ الاتفاقِ حيث لا يكون مقاتلًا . ثم قولُ المؤلف : (وفي جواز أصل الاستقلال بالمبارزة أيضًا وجهان) يُشْعِر بأن في جواز نفس المبارزة – مع قطع النظر عن الأمان – وجهين ، وعلى هذا يدل كلام صاحب « المهذب » ، وقد ذكر شيخُه أن اختلاف الأصحاب في جواز الاستقلال بالمبارزة ، معناه : اختلافهم في نفوذ أمانه المذكور ، أما نفْسُ المبارزةِ والقتالِ فيها فجائزٌ قطعًا . وكلامُ المؤلِّف أوَّلًا يُشْعر بهذا ، حيث قال : (وفائدة الإذن صحة أمانه لقرنه) فاعلمْ ذلك ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٤/ ب) .

وأولادِه الصغار دون الكبار ، فإنهم يستقلون بالإسلام .

وينتهي أيضًا ببذل الجزية ، ويمتنع بسببه استرقاقُ زوجتِه وبنته البالغة ؛ لأن الإناث لا يستقللن [1] بالجزية ، ويستقللن بالإسلام . وفي استرقاق زوجة المسلم إذا كانت حربيةً وجهان [2] . ولا يَمْنع منه كونُها حاملًا بولدِ مسلمٍ ، لكن الرقّ لا يَسْرِي [3] . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا تُسْتَرَقّ [4] .

* * *

(١) في (ب) : « لا ينفككن » .

(٢) والأصح جوازُ استرقاقها . انظر الوجيز (٢ / ١٩٠) والروضة (١٠ / ٢٥٣) ، والغاية (٢ / ٩٥٠) .

(٣) يعني أن الرق لا يسري إلى ما في بطنها ، ومن ثم يكون حرًّا .

(٤) كذا في النسخ الثلاثة التي عندي « لا تُسْتَرَقّ » مع أن مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) أنها تسترق ، بل وحَمْلُها أيضًا ينعقد رقيقًا وإن كان مسلمًا . وهذا على خلاف المذاهب الثلاثة ، فإنها قررتْ أن الولد ينعقد حرًّا ، ولا يَسْري عليه الرقُّ مِنْ أمه . ولعل الأصل هكذا « وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « يُسْترق » يعني : حملها ، وهذا هو المتفِق مع مذهبه بخلاف مذهب الشافعية . انظر في تفصيل هذه المسألة المراجع والمصادر الآتية : الوجيز (٢ / ١٩٠) . الروضة(١٠/ ٢٥٢، ٢٥٣). الغاية القصوى(٢/ ٩٥٠). مختصر الطحاوي ص(٢٨٩، ٢٩٠). المبسوط(١٠ / ٦٦). الدر المختار(٤/ ١٤٤، ١٤٥). ملتقى الأبحر (١/ ٣١٦). القوانين الفقهية ص(١٥٢). الشرح الكبير(٢/ ١٨٤). المحرر في الفقه (٢/ ١٧٣). المبدع شرح المقنع(٣/ ٣٣١) . شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٠١). المغني لابن قدامة (٨/ ٤٢٩).

التصرف الثاني : في رقابهم بالاسترقاق

وهو جائز كالاغتنام ، ولكن النظر في العلائق المانعة وهي : النكاحُ ، والولاءُ ، والدَّيْنُ (١) .

أما النكاح ، فمنكوحةُ الحربي تُسْترقُّ وينقطع نكاحُه ، سواء سُبِيَتْ معه أو مفردةً ، بل لو سُبِيَ الزوجُ انقطع عندنا نكاحُه خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) (٢) .

وكذلك الحربيةُ إذا كانت منكوحةَ ذِميٍّ . فإن كانت منكوحةَ مسلمٍ ، ففي جواز الاسترقاق وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن نكاح المسلم كالأمان لها ، فَتُرْعَى حرمةُ إسلامِه / . ٢٦٣/ب

---

(١) قال ابن الصلاح : « ذَكَرَ في العلائق المانعة من الاسترقاق - الدَّيْنَ ، مع القطع بأنه غيرُ مانع من الاسترقاق . والعذرُ عنه أن المرادَ العلائقُ التي فيها اقتضاءٌ للمنع وإن لم يَثْبت المنْعُ في بعضها والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٢٤/ب) .

(٢) إذا سُبِيَ المتزوجُ من الكفار ، فله ثلاثة أحوال :

(الحالة الأولى) : أن يُسْبَى الزوجان معًا . فمذهبُ الشافعية أنه ينفسخ النكاح بينهما ، وهو مذهب المالكية أيضًا . وقال أبو حنيفة : لا ينفسخ النكاح ، وهو مذهب الحنابلة .

(الحالة الثانية) : أن تسبى المرأة وحدها ، فينفسخ النكاح بلا خلاف إلا أن أبا حنيفة (رحمه الله) يقول : إذا سُبِيَت المرأة وحدها ، ثم سُبِيَ زوجُها بعدها ، فهما على نكاحهما ولا ينفسخ ، إلا إذا نُقِلَت المرأةُ إلى دار الإسلام ، فينفسخ النكاح .

(الحالة الثالثة) : أن يُسبى الرجل وحده ، فمذهب الشافعية أنه ينفسخ نكاحه ، وهو مذهب المالكية وأبي حنيفة بشرط أن ينقل إلى دار الإسلام ، والحاصل : أن الشافعية والمالكية يقولون : إن السبي يقطع النكاح مطلقًا ، سواء سُبِيَ الزوجان معًا ، أو متعاقبين ، أو سُبِيَ هو فقط ، أو سُبِيتْ هي فقط . وعند أبي حنيفة أن الموجب للفرقة هو تَبَايُنُ الدارين لا السَّبْيُ ، فإذا انعدم تبايُنُ الدارين كانا على نكاحهما ، سواءٌ سُبِيَا معًا ، أو أحدُهما بعد الآخر ، ويحصل تبايُنُ الدارين إذا نُقِل أحدُهما إلى دار الإسلام . انظر : الوجيز (٢ / ١٩١) . الروضة (١٠ / ٢٥٤) . الغاية القصوى (٢ / ٩٥٠) . مختصر الطحاوي ص (٢٨٦) . المبسوط (١٠ / ٥١) . الهداية (١ / ٢٤٠) . الكافي ص (٢٠٩) . القوانين الفقهية ص (١٥٢) . الشرح الكبير (٢ / ٢٠٠) . المغني (٨ / ٤٢٧) . المبدع في شرح المقنع (٣ / ٣٢٩) . شرح منتهى الإرادات (٢ / ١٠٠) .

والثاني : نعم ؛ لأن النكاح مؤبَّدٌ ، ولا عهد [لنا] (١) بأمانٍ مؤبَّد (٢) .

وعلى هذا ، ينقطع (٣ نكاحُ المسلم ٣) حتى لا تَبْقى أمةٌ كتابيةٌ في نكاح مسلم ، فإن ذلك يُمتَنع ابتداءً لا كدارِ حربيٍّ استأجرها مسلمٌ ، فإنه تُمْلك بالاغتنام ولا تَنْفسخ الإجارةُ ؛ إذْ لا عُسْرَ فيه . وذكر [فيه] (٤) وجهٌ غريبٌ : أن النكاحَ لا ينقطع ، وأنَّ ذلك يُحْتَمل في الدوام ، وهذا إن أُريد به أنه يتوقف إلى إسلامها قبل انقضاء العدة ، فله وجهٌ مَّا ، وإلا فلا وجْهَ له .

أما إذا سَبَيْنَا زوجين رقيقين مُسْلميْنِ – أو كافريْن – لأهل الحرب ، ففي انقطاع نكاحِهما وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن هذا كالشراء ، فإنه تَبَدُّلُ ملكٍ لا ابتداءُ رِقٍّ (٥) .

والثاني : أنه ينقطع ؛ لأن ملك السَّبْيِ مبتدأ غير مَبْنيٍّ على ملك الكافر .

أما علقة الولاء : فإن ثبتت لمسلم ، بأنْ أعتق عبدًا كافرًا ، فالتحق بدار الحرب ، فالمذهبُ أنه لا يُسْترق لعُلْقَة ولاء المسلم ، فإنه لا يَقْبل الفسخ ، بخلاف نكاح المسلم ، إذْ فيه وجهان .

أما زوجة الذمي فتُسْبَي ، وفي معتقه وجهان ، وفي معتق المسلم أيضًا وجهٌ غريب أنه يُسْبى .

أما علقة الدَّيْن : فالمسْبِيُّ إذا كان عليه دَيْنٌ لمسلمٍ أو لذمّيٍّ ، فيسترق ، ويبقي الدَّيْنُ في ذمته يُتْبع به إذا عَتَقَ إن لم يَبْقَ له مال ، فإن كان له مال لكن اغْتُنِم قبل إرقاقه ، فكأنه لا مالَ له ، وإن اغتنم بعد إرقاقه فإنه يؤدِّي الدَّيْن منه وينزل الرقُّ (٦) منزلةَ الحَجْرِ بالفَلْس ، ويتعلّق به حقُّ الغرماء ، ولذلك ينقدح المصير إلى حلول الدَّيْنِ برقِّه على أحدِ الوجهين كما في الفلس ، بل الرقُّ بالموت أَشْبَهُ من الفلس .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (١٠ / ٢٥٣) .

(٣) ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١٠ / ٢٥٥) .

(٦) في (ب) : « ونُزِّل الرق » .

وإن سُبِيَ معه مَالُه ، فلا يقضى الدَّيْنُ من المال ؛ لأنه يتملك مَالُه بمجرد السَّبْيِ ، ولا يُرَقُّ إلا بصَرْفِ الرقِّ بعده .

أما المرأة ؛ إذا كان عليها دَيْنٌ فسُبيت مع مالها ، قدّم حقُّ الغانمين ؛ لأن سببَ الملك أقوى من سبب تعلُّق الدَّيْنِ بالمال ، ويحتمل أن يُقَدَّم الدينُ ، ويُشَبَّهُ بملكِ الوارث إذْ يُقَدم حقُّ الدين عليه ، وإن كان حلول الدين والوراثة يحصل معًا بالموت . هذا إذا اسْتُرِقَّ مَنْ عليه الدَّيْن . أما إذا استرق مَنْ له الدين فلا تبرأ ذمةُ مَنْ عليه الدَّيْنُ ، بل هو كودائع الحربي المَسْبِيِّ ، وسيأتي .

[أما] (١) إذا ما استقرض حربيٌّ من حربيٍّ شيئًا ، أو التزم دينًا بمعاملة ، ثم أسلما ، أو قَبِلا الجزيةَ أو الأمانَ ، فالاستحقاقُ مستمرٌّ ، وكذلك يبقي مهر الزوجة إذا أسلما إن (٢)لم يكن المهر خمرًا أو خنزيرًا . ولو سبق المستقرض إلى الإسلام أو الذمةِ ، فالنصُّ أن اللزوم قائمٌ ، ونصَّ على أن الحربي إذا ماتت زوجتُه ، فَدَخَل دارنا ، فجاء ورثتُها يطلبون مهْرَها ، فليس لهم ذلك ، فقيل : قولان ، بالنقل والتخريج ، ووجهُ السقوط : بُعْدُ طَلَبِ الحربيِّ المالَ من مسلم أو ذميٍّ في دارنا . وهذا ضعيفٌ ؛ إذ قَطَعوا بأنّ رِقَّ مَنْ عليه الدَّيْن لا يُسقط دَيْن الحربيِّ وهو أمان (٣) ، وأنهما – إنْ أسلما على التعاقب – استمرَّ الطلبُ ، ولو بَرِئَتْ الذمةُ بإسلام منْ عليه الدَّيْنُ لما عادَ الطلبُ ، فلعلَّ الشافعي (رضي الله عنه) أراد ما إذا كان الدَّيْنُ خمرًا أو خنزيرًا .

أما إذا كان قد أتلف الحربيُّ على حربيٍّ مالًا ، أو قهره وأخذ ماله ، فلا ضمانَ عليه إذا أسلم أو قبل الجزية ، وإنما اللزوم بحكم التراضي ، وإتلافُ مالِ الحربي لا يَزيد على إتلاف مالِ المسلم ، ولا ضمان له بعد الإسلام . وفيه وجه : أنه يبقى الضمانُ ؛ لأن ذلك مُلْتزم فيما بينهم

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذْ قطعوا بأنَّ مَنْ رَقَّ ، وعليه دَيْنٌ لحربيٍّ ، لا يسقط دَيْن الحربيّ ، وهو أمان) يعني به أن الرقَّ أمانٌ ، فسواءٌ دَخَل المديونُ دار الإسلام أَمِنًا بالرقّ أو أَمِنًا بالعهد . ثم إنّ ما ذكره هاهنا ، وفي « البسيط » مِن قطعِ الأصحابِ بعدم سقوط ذلك – غَلَطٌ في النقل ؛ إذْ نَقَلَ شيخُه في « نهايته » عن القاضي أنه قال : إنه يسقط . ثم لم يَحْكِ شيخُه عن أحدٍ عَدَمَ السقوط ، وإنما ذكره احتمالًا أبداه . ثم قال : والظاهرُ السقوطُ ؛ فإن ملتزم الدين انتقل من كونه حربيًّا لا يجري عليه حكمٌ – إلى كونه رقيقًا ليس له على نفسِه حكمٌ . وهذا من عجبه ، مع أن كتاب شيخه عِمَادُ كُتُبِه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٥ / أ) .

بشرعهم كما في معاملتهم [١] ، بخلاف مالِ المسلم .

فرع : إذا سبى الوالدة وولدها الصغير ، فلا يُفرّق بينهما في القسمة والبيع ؛ لقوله ﷺ : « لا تُوَلَّه والدةٌ بولدها » [٢] . والجدةُ - عند عدم الأم - في معناها . ولو بِيع مع الجدة عند وجود الأم ، فهل يَسْقط التحريمُ به ؟ فيه قولان [٣] . ولا خلاف أنه يُبَاع مع الأم دون الجدة .

والأبُ هل يُلْحق بالأم في تحريم التفريق ؟ ، فيه قولان [٤] . فإن ألحقناه ، فهل يُعَدَّى إلى سائر المحارم ؟ قولان [٥] .

وأما حكمُ صحةِ البيع وتفاريعه فذكرناه [٦] في كتاب « البيع » .

* * *

---

(١) في (ب) : « معاملاتهم » .

(٢) قوله : (لا تُوَلَّه) هو بضم التاء ، وفتح الواو ، وتشديد اللام . ويجوز في « الهاء » الضم والإسكان ، فالإسكان على أن « لا » ناهية ، والرفع على أنها نافية ، فيكون نَهْيًا بلفظ الخبر ، وهو أبلغ في الزجر ، كما في قوله تعالى : ﴿ ومن دخله كان آمنا ﴾ [آل عمران : ٩٧] .

وقال أهل اللغة : الوَلَه : ذهاب العقل والتحيُّر من شدة الحزن . يقال : رجل وَالِهٌ ، وامرأةٌ وَاله ، ويجوز أيضًا أن نقول امرأة وَالِهةٌ ، بإثبات التاء وحذفها ، وممن ذكر الوجهين فيهما ابنُ فارس . ويقال في الفعل منه : وَلَهَ - بفتح اللام - وفي المضارع « يَلِهُ » بكسر اللام . و « وَلَهَ » « يَوْلَهُ » بفتح اللام فيهما ، لغتان فصيحتان ذكرهما الهروي وغيره . قالوا ومعنى « التَّوْلِيه » المنهيّ عنه في الحديث أن يُفَرَّق بين المرأة وولدها ، فَتُجْعَل والهة . انظر : تهذيب الأسماء واللغات (٣ / ٢ / ١٩٦) .

وقال ابن الصلاح : « هذا الحديث روي عن أبي سعيد ، وهو غير معروف ، وفي ثبوته نظر . وأقوى منه وأدل ، ما رويناه في السنن الكبير عن أبي أيوب الأنصاري عن رسول الله ﷺ : « من فرق بين والدة وولدها ، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » . أخرجه الترمذي ، وقال : حديث غريب ، والله أعلم » .

(٣) والأظهر أن التحريم لا يسقط إذا بيع مع الجدة . انظر الروضة (١٠ / ٢٥٧) .

(٤) والأظهرُ أنه كالأم في تحريم التفريق . انظر الروضة (١٠ / ٢٥٧) .

(٥) والمذهب أنه لا يحرم التفريقُ بينه وبين سائر المحارم ، كالأخ والعمّ وغيرهما . انظر الروضة (١٠ / ٢٥٨) .

(٦) في (ب) : « ذكرناها » .

التصرف الثالث في أموالهم
بالإهلاك

وكلُّ ما يُمْكِن اغتنامُه لايجوزُ إهلاكُه (١) . ويجوز إحراقُ أشجارهم إذا رأى الإمامُ ذلك نكايةً فيهم . فإن توقَّعْنا على القرب أنْ تصير للمسلمين لم يَجُزْ ، والمتَّبع فيه المصلحةُ .

والمقصود أن لا حُرْمة للأشجار ، بخلاف البهائم ، فإنه لا يجوز قتلُها غيظًا لهم إلا قَتْل فَرسِ المقاتل وهو عليه .

وتُتْلَف كتبُهم المشتملة على الكفر / وما لا يجوز الانتفاعُ به . وفي جواز استصحابه لِيُسْتَعان به (٢) على معرفة تفاصيلِ مذاهبهم (٣) : تردُّد . ٢٦٤/أ

وأما كلبُ الصيد في الغنيمة فلا يدخل في القسمة ؛ إذْ لا مِلْكَ فيه ، لكن يُخصِّص الإمامُ به مَنْ أراد .

* * *

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وكلُّ ما يمكن اغتنامه ، لا يجوز إهلاكُه) كان ينبغي أن يقول : (ما يُرْجَى اغتنامُه) فإنَّ إمكانَ الاغتنامِ موجودٌ فيما جوّز إحراقه من أشجارهم ، وكأنه أراد بالإمكان - الرجاءَ ، والله أعلم » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بها » .

(٣) في (ب) : « مذهبهم » .

التصرف الرابع في أموالهم بالاغتنام

والغنيمةُ : كلُّ ما أخذه الفئةُ المجاهدةُ مِن أعداء الله تعالى على سبيل القهر والغلبة .

وأموالُ دار الحرب خمسةُ أقسامٍ :

أحدها : ما ذكرناه .

والثاني : ما يَنْجَلي عنه الكفارُ بالرعْب من غير قتال ، وهو فَيْءٌ ، وفي معناه كلُّ مالٍ وَصَلَ إلى المسلمين منهم بغير قتال .

والثالث : ما يَسْتبِدُّ به آحادُ المسلمين بسرقة واختلاس (١) ، فهو لهم ولا يُخَمَّس شيءٌ منه .

والرابع : صَيْدُ دارِ الحرب وحشيشُه ، فهو كمباح في (٢) دار الإسلام .

والخامس : اللُّقَطة ، وهي لآخذها إن لم يَتَوهَّمْ كونَها لمسلمٍ ، فإن توهَّمَ فلابُدَّ من التعريف .

ثم الغنيمة لها أحكام :

الأول : جوازُ التبسُّطِ في الأطعمة ما داموا في دار الحرب ، وذلك رخصة ، ثبتت شرعًا في الأطعمة خاصةً . قال ابن أبي أَوْفَى (٣) : « كنا نأخذ من طعام المغنم ما نشاء » (٤) .

---

(١) في (ب) : « أو اختلاس » .

(٢) كلمة : « في » ليست في (أ) ، (ب) .

(٣) هو عبد الله بن أبي أوفي ، واسم أبي أوفي علقمةُ بن خالد بن الحارث ، صحابي ابن صحابي ، شهد بيعة الرضوان وخيبر وما بعدهما من المشاهد مع رسول الله ﷺ ، ولم يزل بالمدينة حتى توفي رسول الله ﷺ ، ثم تحوّل إلى الكوفة ، وهو آخر من بقي من الصحابة بالكوفة . رُوِىَ له عن رسول الله ﷺ خمسة وتسعون حديثًا ، اتُّفِق على عشرة ، وانفرد البخاري بخمسة ، وانفرد مسلم بحديث . توفي (رضي الله عنه) سنة (٨٦) هـ . انظر ترجمته في تهذيب الأسماء واللغات (١ / ٢٦١) .

(٤) قال ابن الصلاح : « حديث عبدالله بن أبي أوفي الذي ذكره ، لم يُذْكر في كتب الحديث الأصول ، غير أن في سنن أبي داود أنه قيل لابن أبي أوفي : هل كنتم تُخَمِّسُون الطعامَ – يعني في عهد رسول الله ﷺ – فقال : أصبنا طعامًا يوم خيبر ، فكان الرجل يجيىء فيأخذ منه مقدارَ ما يَكْفيه » . وأولى منه حديثُ ابنِ عمر (رضي الله عنهما) : « كنا =

والنظر في : جنس المأخوذ ، وقدْرِه ، ومحلّه ، ووجْهِ التصرُّف .

أما الجنس : فهو كل قوت أو ما يكمل به القوت ، كاللحم ، ومنه التبن والشعير للدواب . أما السكر والفانيذ [١] والعقاقير : فلا ؛ لأن الحاجةَ إليها نادرة كالثياب . وأما الفواكهُ الرطبة ففيها وجهان [٢] ، وكذلك الشحم إذا أُخِذَ لِتَوْقيحِ الدواب [٣] ، فإنه أخذ لا لِتُطْعَم ، لكن الحاجة إلى التوقيح تكْثُر .

وأما الحيوانات فلا يُتَبَسَّط فيها ، إلا الغنم فتذبح إن تعذَّر سوقه [٤] ، وإذا ذُبح فهو طعامٌ ، وقد ألحقه الشرع في اللقطة بالطعام . وقال العراقيون : يُذبح الغنَمُ وإن تيسَّر السَّوْق ، ولكن هل يَغْرم مَنْ ذَبَحها وأكل منها ؟ ، فيه وجهان [٥] .

[٦] أما جلود الأغنام فمردودة [٦] إلى المغنم إلا ما يؤكل على الرءوس .

أما القدر المأخوذ : فهو بقدر الحاجة ، ولا يشترط أن يأخذه مَنْ لا طعامَ معه ؛ إذْ وردت

= نُصِيب من المغازي العسلَ والعنبَ ، فنأكله ولا نَرْفَعُه » رواه البخاري في صحيحه ، وفي رواية ابن المبارك « كنا نأتي المغازي مع رسول الله ﷺ فنُصِيب العسلَ والسمنَ فنأكله » . المشكل (جـ٢ ق ١٢٦ / أ) .

(١) الفانيذ : نوعٌ من الحلوى . انظر القاموس المحيط ص (٤٢٩) مادة (ف ن ذ) .

(٢) وقد قطع الجمهور بجواز التبسُّط في مثل الفواكه وما يؤكل غالبًا . انظر الروضة (١٠ / ٢٦٢) .

(٣) قوله : (توقيح الدوابّ) بالقاف والحاء المهملة على وزن « توقيع » وهو أن يُغْلَى الدهنُ ويُصَبّ على حافر الدابة إذا حَفِيَتْ ورَقَّ حافِرُها ؛ لِتَصَلَّبَ بذلك ، وقد ذكره الشافعي ومَنَعَ منه ، والله أعلم » . مشكل الوسط (جـ٢ ق ١٢٦/أ) . وانظر تهذيب الأسماء واللغات (٣ / ٢ / ١٩٣) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « سوقها » .

وقال في الروضة (١٠ / ٢٦٢) : « ويجوز ذبح الحيوان المأكولِ لحمُه ، كتناول الأطعمة ، وقيل : لا يجوز ؛ لندور الحاجة إليه . والصحيحُ الأولُ . ثم قال الجماهير : لا فَرْقَ بين الغنم وسائر الحيوانات المأكولة ، وأشار الإمامُ إلى تخصيص الذبح بالغنم ، وصرَّح به الغزاليُّ ، والصوابُ الأولُ » .

(٥) والصحيح أنه لا يغرم . انظر الروضة (١٠ / ٢٦٣) .

(٦) في (ب) : « أما جلود الأنعام فهي مردودة » .

الرخصةُ من غير تفصيلٍ ، لكن له سَدُّ حاجته بطعام المغنم [١] .

ولو قدَّمه إلى من لا يشترك في المغنم كان كتقديم الطعام المغصوب إلى أجنبي . ولو أخذ ما ظَنَّ أنه قدر حاجته ، فدخل دار الإسلام ، وبقي منه مَالَه قيمةٌ : رُدَّ على المغنم . وإن كان نزرًا ، فقولان [٢] . وقد أطلق الأصحابُ القولين من غير تفصيلٍ بين القليل والكثير [٣] .

ولو لحق مَدَدٌ – قبل دخول دار الإسلام وبعد الاغتنام – ففي جواز التبسُّطِ لهم وجهان [٤] .

أما محل التبسُّطِ : فما داموا في دار الحرب إذْ لا يُظْفر فيها بالأسواق غالبًا . فإن وُجِدَ سوقٌ في دار الحرب ، أو دخلوا أطرافَ دار الإسلام ولم يجدوا سُوقًا فوجهان ، يُنْظر في أحدهما إلى الحاجة ، وفي الثاني إلى ضَبْطِ مَظِنَّة الحاجة بالدار ، فإن ذلك لا ينضبط [٥] ، ودارُ الحرب عندنا في الأحكام كدارِ الإسلام ، وإنما هذا لأجل الحاجة .

أما جنس التصرُّف : فهو كالأكل [٦] وعلف الدواب فقط في حق الغانمين ، وإن أضافَ أجنبيًّا كان كتقديم المغصوب إلى الضيف في وجوب الضمان وقراره ، فإن أتلف الطعام ضمن ؛

---

(١) في (أ) ، (ب) : « من طعام المغنم » .

(٢) والأظهر أنه يجب ردّه ؛ لزوالِ الحاجة ، والمأخوذ متعلّق حق الجميع . انظر الروضة (١٠ / ٢٦٤) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأطلق الأصحاب القولين من غير تفصيل) يُوهِمُ أنَّ التفصيل بين القليل والكثير – من عنده أو من عند شيخه ، وليس كذلك ، فإنه قولُ الشيخ أبي محمد الجويني (رحمه الله) وحكاه صاحبُ « المهذب » عن بعض أصحابنا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٦ / أ) .

(٤) والأصح أنه يمنع التبسُّط لهم . ووجه الجواز مَظِنَّة الحاجة وعِزّة الطعام هناك . انظر الروضة (١٠ / ٢٦٤) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قطع بأنه لا يمنع من كان معه طعام ، ثم حكى وجهًا في المنع إذا وُجِدَ سُوقٌ فى دار الحرب ، وهذا مُسْتنكر . وقد قال شيخه : لو كانوا يجدون في دار الحرب ما يشترون من الأطعمة ، فلم أَرَ أحدًا من الأصحاب مَنَعَ من التبسُّط بهذا السبب . فإن كان الوجه الذي حكاه الغزالي في المنع في مسألة السوق راجعا إلى الوجه المحكيِّ في « المهذب » و « التهذيب » من أنه لا يجوز لهم الأكلُ من غير حاجة ، عند أكثر الأصحاب يجوز : فينبغي أن لا يقطع بعدم المنع فيما إذا كان معه طعامٌ ، فإن ذلك الوجه جَارٍ فيه كما ذكر في « التهذيب » والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٦ / أ) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فهو الأكلُ » .

إذْ لا حاجة إليه فَلْيُتْلِفْه على وجه الرخصة .

فرع : لو أَخذ طعامًا ، ثم أقرضَه واحدًا من الغانمين ، فالصحيحُ أنه كمناولةِ الضيفان بعضهم بعضًا ، وكأنّ المستقرِض هو الآخذُ ، فلا يُطَالب بردّه . وفيه وجه : أنه قد اختصَّ به أولًا ، فيصحُّ هذا القرض حتى يطالبه بمثله من طعام المغنم ما داموا في دار الحرب ، فإن لم يَجْدِ من طعام المغنم شيئًا فلا طلبة ؛ إذ مجردُ اليد لا تقَابل بالملك ، كنحو اليد [1] في الكلب .

ولو باع صاعًا بصاعٍ من طعام المغنم ، فلا حكم له ، بل هو كالإقراض حتى لو باع بصاعين لم يطالب إلا بصاع واحد إنْ صححنا القرض .

* * *

(١) في (أ) : « لحقِّ اليد » .

الحكم الثاني للغنيمة سقوط الحق بالإعراض :

ومن أعرض عن الغنيمة يُعدُّ إعراضُه ؛ لأن مقصود الجهاد إعلاءُ كلمةِ الله تعالى فيُقَدَّر المعْرِضُ كأنه لم يكنْ (١) .

ونشأ من هذا - الخلافُ في الغنيمة ، متى تُمْلَك ؟ ، وفيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنها تملك بالقسمة ؛ بدليل جواز الإعراض (٢) .

والثاني : أنها بالاستيلاء تصير ملكًا للغانمين ، لكن على ضَعْفٍ ، كالملك في مدة الخيار (٣) ؛ بدليل أن من مات من الغانمين قام وارثُه مقامَه .

الثالث : أنه موقوف ، فإن أعرض ، بَانَ أنه جرَّد قَصْدَهُ نحو إعلاء كلمة الله تعالى / فلم ٢٦٤/ب يملك ، وإن قسم بَانَ أنه ملك أولًا .

وعلى هذا ترددوا في أن من قال : اخترت القسمةَ ، ثم أعرض بعده ، فهل ينفذ إعراضُه (٤) ؟ فمنهم من قال : الإعراض جائزٌ بعد ذلك ما لم تقسم . والصحيحُ أنه يصح الإعراض بعد إفراز الخمس (٥ إذا لم تقسم بين الغانمين . وقال ابن سُرَيج : لا يصح .

والنظر الآن في : المعرِض ، والمعْرَض عنه ٥) :

أما المعرِض ، فلو أعرض جميعُ الغانمين ففيه وجهان :

---

(١) أي : ويضم نصيبه إلى المغنم . انظر الروضة (١٠ / ٢٦٧) .

(٢) وهذا هو الأصح . انظر الروضة (١٠ / ٢٦٧) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « زمن الخيار » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وعلى هذا ترددوا في أن من قال : اخترتُ الغنيمة [في النسخ : القسمة] ثم أعرض ، هل ينفذ إعراضُه ؟) هذا لا يرجع إلى ما يليه من قول الوقف خاصّة ، بل يرجع إلى أول الكلام في نفوذ الإعراض ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٦ / ب) .

(٥) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

أحدهما : أنه لا ينفذ ؛ إذْ لا يبقي مَصْرفٌ .

والثاني : أنه يصح ويرجع إلى مصرف الخمس (١) .

ولو أعرض جميعُ ذوي القربى عن حقهم ، ففي صحته وجهان ، ووجْه المنعِ : أنهم لم يستحقوا بالجهاد حتى يقال : لم يَقْصد (٢) الغنيمة ، بل بالقرابة (٣) .

والغانم المفلس ، إذا أحاطت به الديونُ نفذ إعراضُه .

ولا ينفذ إعراضُ السفيه ولا [إعراضُ] (٤) الصبيِّ عن الرضْخ إلا أن يبلغ قبل القسمة ، ولا يصح إعراضُ وليِّه عن حقه .

ولا يصح إعراض العبد عن رَضْخه (٥) ، ولكن يصحُّ إعراضُ سيِّدِه .

وأما المعرَضُ عنه : فهو الغنيمةُ ، والرضخُ ، وحقُّ ذوي القربى ؛ والسَّلَبُ . وقد ذكرنا جميعَ ذلك إلا السَّلب (٦) ، وفيه وجهان ، لأن السَّالِبَ مُتعَيَّنٌ ، فأشبَهَ الوارثَ (٧) .

ومُرَتَّبٌ (٨) على أقوال الملك مسائلُ :

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (١٠ / ٢٦٦) .

(٢) في (ب) : « لم يقصدوا » .

(٣) والأصح أنه لا يصح إعراضُهم عن حقِّهم ؛ لأنهم يستحقونه بلا عملٍ فأشْبَهَ الإرثَ . انظر الروضة (١٠ / ٢٦٦) .

وقال ابن الصلاح : « قوله : (لو أعرض جميعُ ذوي القربي عن حقهم) إنما فَرَضَ ذلك في ذوي القربي دون اليتامى أو المساكين ؛ لأنه يجب استيعابهم على المذهب » المشكل (جـ٢ ق ١٢٦ / ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (ب) : « حقه » .

(٦) السَّلَب : كل ما يَرْكب عليه المحاربُ من فرس ونحوه ، وما يحمله من سلاح ، وما يلبسه من درع وثياب ، وما يتبع ذلك من لجام وسرج ونحو ذلك . انظر : معجم لغة الفقهاء ص (٢٤٨) .

(٧) وهذا هو الأصح كما في الروضة (١٠ / ٢٦٧) .

(٨) في (أ) : « ومترتبٌ » ، وفي (ب) : « ويترتب » .

الأولى : أنه لو سرق واحدٌ شيئًا من مال المغنم ، فهو كالمشترك فحيث وجب [(١)] القطعُ في المشترك فهاهنا وجهان ، إذْ كلُّ واحدٍ يمكن أن يستحق بإعراض الآخر [(٢)] .

الثانية : لو وقع في المغنم مَنْ يُعْتق على بعض الغانمين ، فالنصُّ أنه لا تُعْتق حِصّتُه ما لم يقع في قسمته ، ولا يَمْنع ذلك عن الإعراض إن أراد . ونَصَّ على أنه لو استولد جاريةً ثبت الاستيلادُ لشركته ؛ لأن الاستيلاد اختيارٌ منه للتمليك ، فثبت به ملكُه في قدر حصته من الجارية .

وأما القريبُ فلم يوجد منه اختيارٌ ، نَعَم لو اختار العتق حينئذٍ نفذ ، ومن أصحابنا من قال : في المسألتين قولان ، بالنقل والتخريج . ومأخَذُ القولين أصلُ التردد في ثبوت الملك وانتفائه .

الثالثة : لو وَطيء جاريةً من المغنم ولم تحبل ، فلا حَدَّ على الصحيح [(٣)] ، والمهرُ يُبْتَنى على أقوال الملك ، فإن قلنا : لم يملك ، لكن ملك إن تملك ، فعليه كمالُ المهر ، ويُوضع في المغنم . وإن قلنا : مُلِّكَ ، فَيُحَطُّ عنه قدر حصته ويجب الباقي . وإن قلنا : إنه موقوف ، فإن وقع في حصته فلا شيءَ . وإن وقع في حصة غيره ، فعليه جميعُ المهر [(٤)] .

فإن كثر الجندُ ولم يمكن ضَبْطُ حصتِه ، أَخَذْنا المستيقن ، وحَطَطْنا المستيقنَ ، ويُتوقّف في قدر الإشكال . أما إذا أَحْبَلَ ، فحكمُ المهرِ والحدّ ماسبق .

ويتجدَّد النظر في : الاستيلاد ، وحرية الولد ، وقيمته .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « نوجب » .　　(٢) في (أ) ، (ب) : « الآخرين » .

(٣) ولكن يُعَزَّر إن كان عالما بالتحريم . انظر الروضة (١٠ / ٢٦٩) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإن قلنا : موقوف ، فإن وقعت في حصته فلا شيء ، وإن وقعت في حصة غيره ، فعليه جميع المهر) قَطْعُه بهذا واقتصارُه عليه – مستنكرٌ ، فإنه مَبْنيٌ على وجهٍ ضعيف ، وهو أنه إذا وقعت القسمة ، فعلى قول الوقف يتبين أنّ كلَّ واحد منهم كان قد ملك عند الاستيلاءِ الحصةَ المعينةَ التي خرجت له بالقسمة ، فعلى هذا نتبين في مسألتنا أنه كان قد ملك الجارية التي وطئها من حين الاستيلاء ، فلا شيء عليه . وإذا وقعت في حصة الغير ، فعلى الواطيء كمالُ المهر لذلك الغير خاصّة ، وهذا ضعيف ، والمذهب الصحيحُ خلافُه ، وأنه بالقسمة نتبين أنه ملكَ حصةً شائعةً عند الاستيلاء ، وإنما يملك الحصة المعينة عند القسمة ، فعلى هذا ، إذا وقعت الجارية في حصة الواطيء ، وَجَبَ عليه من المهر مقدارُ حصصِ غيره من الغانمين منها لهم ، وسقط قَدْرُ حصتِه كما سبق ذِكْرُه على قول الملك ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٦ / ب) .

أما الاستيلاد : إن قلنا : لا يملك ، فلا ينفذ في الحال ، ولكن لو وقعت في حصته فهل ينفذ ؟ قولان يجريان (١) في كل ملك طارىء . فإن قلنا : يملك ، ففي نفوذ الاستيلاد في حصته وجهان كما في زمان الخيار . ومنهم من عكس وقال : إن قلنا : ملك ، نفذ (٢) في حصته . وإن قلنا : لا ، فقولان ؛ كاستيلاد الأبِ جاريةَ الابن وأولى بالنفوذ ؛ لأنَّ له حقًا في الجارية ، بخلاف الأب .

فإن نفذنا في نصيبه سرى إن كان موسرًا ، ونجعله موسرًا بما يَخُصُّه من الغنيمة ، ولكنْ لو أعرض نفذ إعراضُه ، ونجعله معسرًا ، ولا نمنعه من الإعراض لتنفيذِ عتقه .

أما الولدُ : فينعقد حُرًّا نَسِيبًا ؛ للشُّبْهَةِ . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : هو رقيق ولا نَسَبَ له (٣) .

وفي وجوب قيمة الولد قولان كالقولين في الجارية المشتركة ، مأخذهما : أن الملك ينتقل قُبَيْلَ العلوق أو بعده (٤) .

ثم مقدار حصته من قيمة الولد تُتعرف كما ذكرناه في المهر ، ويسقط عنه . وإن بعَّضْنا العتق

---

(١) في الأصل « يجري » . والمثبت من (أ) . (٢) في (أ) ، (ب) : « بقي » .

(٣) اتفق الأئمة الأربعة على أنه لا يجوز لأحد من الغانمين أن يطأ جارية من السَّبْيِ قبل القسمة .

واختلفوا في إقامة الحدِّ عليه إذا وطئها ، فقال أبو حنيفة : لا حدّ عليه وإنما يُعَزَّر ، وهو مذهب الشافعية والحنابلة . وقال مالك : هو زانٍ يُحَدّ .

أما ثبوتُ نسب الولد وانعقادُه حرًّا أو رقيقًا ، فمذهب الشافعية أنه حرٌّ نَسِيبٌ ، وهو مذهب الحنابلة أيضًا ، وقال أبو حنيفة : لا يثبت نسب الولد منه بل هو مملوك يُرَدُّ في الغنيمة . انظر : الروضة (١٠ / ٢٦٩ / ٢٧١) . رحمة الأمة ص (٣٠١) . المبسوط (١٠ / ٥٠) . مواهب الجليل (٣ / ٣٦٥) . المبدع في شرح المقنع (٣ / ٣٧٣ ، وما بعدها) . كشاف القناع (٣ / ٩١) . شرح منتهى الإرادات (٢ / ١١٧) . المغني (٨ / ٤٩١ وما بعدها) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (في قيمة الولد قولان : مأخذهما : أن الملك ينتقل قبيل العلوق أو بعده ؟) يلزمه أن يقول : (مع العلوق أو بعده) لما سبق منه في « النكاح » في استيلاد الأب جارية الابن ، فإنه بناهما هناك هكذا : (ففي قول : يملك مع العلوق ؛ لأن المعلول مع العلة ، كما عُلِم في العلل العقلية ؛ إذ حركةُ الخاتم مع حركة الإصبع . وفي قول : بعد العلوق ؛ لأن المعلول يترتب على العلة ، ثم قال : (وقيل : يقع قبيل العلوق) قال : وهو ضعيف ، ثم بَيَّنَ أن تقديم المعلول على العلة ممتنعٌ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٧ / أ) .

في صورة المعسر ، فالولدُ هل يعتق جميعُه لأجل الشبهة ؟ فيه وجهان جاريان في استيلاد الشريك المعْسِر [(١)] ، وكذلك من وطيء امرأةً ، نصفُها حُرٌّ ونصفُها رقيقٌ ، والأظهرُ أنّ يتبعَّضُ الولدَ هاهنا كالأم [(٢)] لا كالشبهة التي لا تختصُّ ببعض المرأة .

وهل يجوز للإمام أن يُرِقَّ بعضَ شخصٍ ابتداءً ؟ فيه وجهان ، والقياسُ جوازُه .

أما إذا فرّعنا على أن الاستيلاد لا يحصل لضعف الملك وعدمه [(٣)] ، فالولد حرٌّ بسببِ الشبهة ، ويعتق جميعُ الولد لاسترسال الشبهة ، وهذا يشير إلى أن الشركة أولى بأن تُورِث شُبهةً ، وإنما يَتَّجِهُ بعضُ رقِّ الولد في امرأةٍ نصفُها حرٌّ ، ونصفُها رقيقٌ .

ثم إذا لم ينفذ الاستيلادُ وعَتَقُ الولدُ ، فهذه حاملٌ بِحُرٍّ ، فالأصحُّ [(٤)] مَنْعُ بيعِها ، ولا يمكن إدخالها في القِسْمَة إن جعلنا القسمةَ بيعًا ، فبالحرِيّ أن يطالب الواطيء بالقيمة ؛ للحيلولة ، ثم تُقَوَّم على الواطيء / حتى تتعينَّ لحصته من غير قسمة [(٥)] . ٢٦٥/أ

أما إذا كان الواطيءُ من غير الغانمين فهو زانٍ يُحَدُّ ، إلا أن يكون له ابنٌ في الغانمين أو وطئ قبل إفراز الخمس وقلنا : إن الزاني بجارية بيت المال لاحدّ عليه .

---

(١) قال في الروضة : « ... وهذا الخلاف في تبعيض حرية الولد يجري فيما إذا أَوْلَدَ أحدُ الشريكين المشتركةَ ، وهو معسر ، فإن قلنا : جميعه حُرٌّ ، لزم المستولدَ قيمةُ حصة الشركاء من الولد ، وهذا هو الأصح .... وسواءٌ في ترجيح حرية جميعه استيلادُ أحد الغانمين واستيلادُ أحد الشريكين » . الروضة (١٠ / ٢٧٢) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (والأظهر أن الولد يتبعَّض هاهنا كالأم) يعني في المرأة التي نصفها رقيقٌ ، أما في صورة الاستيلاد والشركة فقد قال من بعد : إن الأظهر عِتْقُ جميعِ الولد ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٢٧ /أ) .

(٣) في (ب) : « أو عدمه » .

(٤) في (ب) : « والأصح » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (فبالحريِّ أن يُطَالب الواطىءُ بالقيمة ؛ للحيلولة ، ثم يقوم) بحرف « ثم » وهو غلطٌ ، وصوابُه « أو » يُقَوَّم على الواطىءُ ، وهما احتمالان تردَّدَ بينهما صاحبُ « التقريب » ولا ترجيح لأحدهما في « النهاية » و « البسيط » . أما إثبات الأمرين معًا كما وقع في « الوسيط » فلا يخفى بطلانُه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٧ / أ) .

الحكم الثالث للمغانم : أن الأراضي والعقارات تتملّك عليهم إذا أمكن حفظُها منهم ، وتُقَسَّم بين الغانمين .

ومذهب الشافعي (رضي الله عنه) أن أراضي العراق قسَّمها عمر (رضي الله عنه) بين الغانمين ، ثم خاف [1] أن يتعلَّقوا بأذناب البقر والحراثة ويتركوا الجهاد ؛ فاستمالَ قلوبَهم عنها بعوضٍ وغيرِ عوضٍ ، ووَقَفَها على المسلمين ، ثم آجرها من سكان العراق بخراجٍ يؤدونه كلَّ سنةٍ ، وإجارَتُه مؤبدةٌ . واحتمل ذلك لمصلحة العامة [2] ، فلا يجوز [3] بَيْعُ تلك الأراضي ، ويجوزُ لأربابِها إجارتُها ، لكنْ إجارةٌ مؤقتةٌ . وفي إجارتها مؤبدةً قولان [4] ، الصحيحُ : المنعُ ؛ لأنها احتملت في واقعه كلية ومصلحة عامة ، وليس لأحد من المسلمين أنْ يأخذ قطعةً منها ممن وقع في يده من آبائه وأجداده ويقول : «[5] أنا أعطي عليه [5] » ؛ لأن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) آجَرَها منهم على التأبيد ولا تنفسخ [6] الإجارةُ بموت العاقدين .

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لم يتملك عمر (رضي الله عنه) على سكانها ، بل ضَرَبَ عليهم خراجها مع تقدير ملكهم ، وزعم أنَّ ذلك خراجٌ لا يَسْقط بالإسلام [7] .

وقال ابن سريج (رحمه الله) : يصحُّ بَيْعِ أراضي العراق ؛ لأن عمر (رضي الله عنه) باعَها من سكان العراق ليؤدوا [8] الثمنَ على مَمَرِّ الأيامِ ، إلا أنّ هذا ثمنٌ غيرُ مقدَّرٍ ولا آخِرَ له .

وعلى الجملة ، «[9] لا يخلو المذهب عن الإشكال [9] » ، وهو أن يتقدَّرَ الثمن ، أو تتأبد

(١) في (أ) ، (ب) : « وخاف » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « للمصلحة العامة » .
(٣) في (أ) ، (ب) : « ولا يجوز » .
(٤) في (أ) ، (ب) : « وجهان » . وأصح هذين الوجهين أنه لا يجوز إجارتها مؤبدة . انظر الروضة (١٠ / ٢٧٥) .
(٥) في (أ) ، (ب) : « أنا أُعطي ما يُعْطُونه » .
(٦) في (ب) : « ولا تفسخ » .
(٧) انظر الهداية (٢ / ٤٣٢) ، (٢ / ٤٤٩) .
(٨) في النسخ الثلاثة : « ليؤدون » . بإثبات النون ، والمشهور حذفها في هذا الموضع .
(٩) في (أ) ، (ب) : « لا يخلو مذهبٌ عن إشكال » .

بالإجارة (١) ، أو لا يَسْقط الخراجُ بالإسلام ، ولكن الاعتمادُ على النقل ، والشافعيُّ (رضي الله عنه) أعلمُ القوم بالنقل والتواريخ (٢) .

وأما دورُ مكةَ وأراضيها فمملوكةٌ عند الشافعي (رضي الله عنه) ويجوز بيعها لأصحابها . وصَحَّ عنده أنَّ مكة فُتحت عَنْوةً (٣ على معنى أنه ﷺ دخلها ٣) مستعدًا للقتال لو قُوتِلَ (٤) .

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يصحُّ بَيْعُ دورِ مكةَ (٥) .

هذه أحكام الغنيمة ، وما شذّ عنها ذكرناه في كتاب « قَسْم الغنائم » في « ربع البيع » .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أو تأبّد الإجارة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أعلم القوم بالتواريخ والأخبار » .

(٣) في(أ) ، (ب) : « على معنى أنه دخلها ﷺ » .

(٤) قال ابن الصلاح : « ذكَر عن الشافعي (أنه صحَّ عنده أن مكة فُتِحَتْ عَنْوَةً ، على معنى أنه ﷺ دخلها مستعدًّا للقتال لو قوتل) وهذا نقلٌ فاسد ، ومنصوصُ الشافعي (رحمه الله) أن مكة فتحت صلحًا ، ولم تُفْتح عنوة ، ومعروفٌ في كتب الأصحاب في المذهب والخلافِ أن مكة - عند الشافعي - فتحت صلحًا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) فإنه قال : فتحت عنوة ، وحاصلُ ما فعله المؤلفُ أنه أبدل ترجمة مذهبنا بترجمة مذهب غيرنا ، ثم فسّرها بما لا يخالف مذهبنا ، وذلك شذوذٌ بارد ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٧ / ب) .

(٥) **مذهب الشافعية** : أن مكة فتحت صلحًا . انظر الروضة (١٠ / ٢٧٥) . رحمة الأمة ص (٣٠٠) .

ومذهب الحنفية : أن مكة فتحت عَنْوَةً ، أي : قهرًا ، وهو مذهب المالكية وأظهر الروايتين عن أحمد . انظر : المبسوط (١٠/ ٣٧) . الهداية (٢ / ٤٣٢) . رد المحتار (٤ / ١٣٨ ، ١٧٦ ، ١٧٧) . مواهب الجليل (٣ / ٣٦٥) . الشرح الكبير (٢ / ١٨٩) . المحرر في الفقه (٢ / ١٨٠) .

الباب الثالث

في ترك القتل والقتال بالأمان

واعلم أن الأمانَ من مكايد القتال ومصالحِهِ وإن كان تركًا للقتل ، لكن قد تمسُّ الحاجة [إليه] [(١)] .

وينقسم إلى عام لا يتولَّاه إلا السلطان ، وإلى خاصّ فيستقلّ به الآحادُ ، وهو المقصودُ بيانُه . والنظر في : أركانه ، وشرائطه ، وأحكامه . فأمّا الأركان فثلاثةٌ :

الأول : العاقد ، [(٢] وهو كل مكلف مؤمن له أهليةُ [٢)] القتلِ والقتال بحال ؛ فيصحُّ أمانُ العبدِ ، والمرأة ، والشيخ الهرم ، والسفيه ، والمفلس . ولا يصحُّ أمانُ الصبيِّ والمجنون . وقيل : أمانُ الصبي كوصيته إذْ لاضَرَرَ عليه ، وهو بعيد .

وأما الأسيرُ ، إنْ أَمَّنَ مَنْ أَسَره ، فالمذهبُ أنه لا يصحّ ؛ لأنه يكون كالمكره فيه ، وإن أمَّنَ غَيْرَه ، فوجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنه مؤمن مكلف .

الثاني : لا ؛ لأنه ليس له استقلالٌ في التخويف ، والأمانُ تركُ التخويف . وعلى هذا ، هل يلزمه حكمُه في نفسه [(٣)] ؟ فعلى وجهين [(٤)] .

الركن الثاني : المعقود له . وهو الواحد ، أو العدد المحصور من ذكور الكفار . أما أمانُ المرأةِ عن الاسترقاق ، فهل يصحُّ ؟ فيه وجهان ينبنيان على القولين [(٥)] في أن الصلح مع أهل قلعةٍ فيها نسوةٌ – لا

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وهو كل مكلف ، ومن له أهلية .... » .

(٣) يعني هل يجب على الأسير المؤمّن أن يلتزم بأمانه لهذا الكافر الذي أمَّنَه ؟ .

(٤) والأصح أنه لا يلزمه . انظر الروضة (١٠ / ٢٨١) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « على قولين » .

رَجُلَ بينهنّ – هل يَعْصِمُهنّ عن الاسترقاق ؟ ، ومأخذُه : أن المرأة تابعةٌ في الأمان فلا تستقلُّ .

أما العدد الذي لا ينحصر [١] – كأهل ناحية – فلا يصحُّ أمانُ الآحاد فيه ، بل ذلك إلى السلطان .

الركن الثالث : نفس العقد . وهو كلُّ لفظٍ مُفْهِمٍ ، كنايةً أو صريحًا ، والإشارةُ تقوم مقامَه ، ولكن لابُدَّ من تفهيم .

وللكافر أن يرد الأمان ، فإن ردَّ لم ينفذ ، وإن قبل نفذ . وإن سكت ففيه ترددٌ ، والظاهرُ اشتراطُ القبول بقولٍ أو فعلٍ . فلو أشار مسلم إلى كافر في الصفّ ، فانحاز إلى المسلمين وفَهِمَا الأمانَ ، فهو آمنٌ . وإن قال الكافر : ما فهمتُ الأمانَ ، فَلَنَا أنْ نغتالَه . وإن قال : فهمتُ الأمان ، وقال المسلم : « [٢] ما أردته [٢] » ، فلا يُغْتال ويُبَلَّغ المأْمَنَ .

وإنما تُشْترط الصيغةُ فيمن يدخل بلادَنا لا لسفارة ولا لقصد سماع كلام الله ، وإن قصد ذلك [٣] فهو آمن من غير عقد . وأما قَصْدُ التجارة فلا يُؤَمِّن . فلو قال : كنت أظن أنه كقصد السفارة ، فلا نُبَالي بظنِّه ونغتاله . نعم ، لو قال الوالي : كلُّ من دخل تاجرًا فهو آمن ، فله ذلك . ولو قال ذلك واحدٌ من الرعية لم يصحَّ ؛ إذْ ليس للآحادِ التعميمُ ، فلو قال الكافر / : ظننتُ ٢٦٥/ب
صحتَه ، ففي جوازِ اغتياله وجهان .

أما الشرط فهو اثنان :

أحدهما : أن لا يكون على المسلمين ضررٌ – بأن يكون طليعةً أو جاسوسًا [٤] – فإن كان : قُتل ولا نُبَالي بالأمان ، ولا يُشترط وجودُ مصلحةٍ مهما انتفى الضررُ .

---

(١) في (ب) : « لا يُحْصر » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « ما أردتُ الأمانَ » .

(٣) أي إنْ قصد السفارة ، أو قَصَدَ سماعَ كلامِ الله ، فهو آمنٌ بهذا القصد .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (لا يكون طليعة أو جاسوسًا) فالطليعة لا يُخَالط الجيشَ ، وإنما يُشْرف عليهم من خارج ليتطلع على ما يراه من حالهم في الكثرة والقلة ، والحلّ والتَّرحَال ونحو ذلك . والجاسوسُ يكون بين الجيش مُخْتَفِيًا فيهم يَتَسَمَّع الأخبار ويبحث عن عوراتهم وبواطنِ أمورهم ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ١٢٧ / ب) .

الثاني : أن لا يزيد الأمانُ على سنة ، ويجوز إلى أربعة أشهر ، وفيما بين ذلك قولان كالقولين في مهادنة الكفار حيث لا ضَعْفَ للمسلمين ، وعند الضعف تجوز المهادنةُ إلى عشر سنين . وأما الأمانُ فلا يُزَاد على السنة .

وأما حكم الأمان ، فهو أنه جائزٌ من جانب الكفار ، وله أن ينبذ العهد مهما شاء ، ولازمٌ من جهة المسلمين كالذمّة ، إلا أنّ العهد يُنبذ بمجرد توقُّعِ الشّرّ ، والذمةُ لا تُنبذ إلا بتحقيق الشرّ[١] .

ثم يُتبع في الأمان موجب الشرط . فلو قال : أمنتُ نفسَك خاصةً ، لم يَسْرِ إلى ماله وأهلِه إلا أن يُصَرِّح . ولو قال [٢] : أمنتُكَ ، ففي السّراية وجهان :

أحدهما : لا ؛ لاختصاص اللفظ [٣] .

والثاني : نعم ؛ لأن أمانه بتركِ ما يتأذّى به .

ثم هذا فيما معه من المال والأهل . أما ما تركه في داره ، فلا أمان فيه . ومهما قتَله بعد الأمان - هو أو غَيْرُه - لزمت الديةُ والكفارةُ دون القصاص .

فرعان

الأول : الأسيرُ فيما بينهم إذا أمّنوه بشرط أنْ لا يخرج من دارهم ، فله الخروجُ مهما تمكّن ، بل يلزمه الخروجُ ، فإنه - وإن كان متمكنًا من إقامة وظائف شرعية - لكنه لا يخلو عن ذُلٍّ فيما بينهم ؛ فتلزمه الهجرةُ ، ويلزمه أن يحنث إن كان قد حلف .

ولا ترخصَ في المقام خوفًا من وقوع الطلاق والعتاق إن كان قد حلف به .

ولو أطلقوه إلى دار الإسلام بشرط الرجوع فلا يلزمه . ولو شرط إنفاذ مال لم يلزمه [٤] أيضًا .

---

(١) في (ب) : « إلا بتحقق الشر » . (٢) في (أ) ، (ب) : « وإن قال » .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح عند النووي والرافعي كما في الروضة (١٠ / ٢٨١) ، واستظهر البيضاويُّ أنَّ أمانَه يتعدَّى إلى أهله وماله ، وإن لم يُصَرح باللفظ . انظر الغاية القصوى (٢ / ٩٥٣) .

(٤) في (ب) : « فلا يلزمه » .

وقيل : فيه قول قديم أنه يجب الوفاء بوعد المال ، نعم إذا كان الأمان من الجانبين ، فإذا خرج لا يغتالهم ولا يأخذ أموالهم إلا إذا خرجوا وراءه ، فله دَفْعُ الخارجين إليه خاصةً .

ولو باعوه شيئًا وهو مختار ، لزمه بَعْثُه الثمنَ إليهم . فإن كان مكرهًا فعليه رَدُّ العَيْنْ . وقال في القديم : يُخَيّر [1] بين ردِّ العين أو الثمن ، وكأنه تفريعٌ على وقف العقود .

وإذا أسلم الكافر – وقد لزمه كفارةُ يمينٍ – لم تسقط الكفارة بالإسلام . ويحكى فيه وجهٌ : أنه يسقط . فعلى هذا ، يبطل بالإسلام إيلاؤه .

الفرع الثاني [2] : المبارز بالإذن أو على الاستقلال – إن جوزنا ذلك – يلزمه الوفاءُ بشرطه مع قِرْنِه ، ويلزم أهلَ الصفِّ ذلك . فلو شرط أن لا يتعرض له أهلُ الصفّ إلى أن يعود إلى صفِّهم ، لزم . وإن شرط إلى أن يَنتهي القتالُ : فإذا ولّى منهزمًا جاز قتلُه ؛ إذْ قد انتهى قتالُه بالهزيمة ، وإن شرط الأمانَ إلى الإثخان جاز قَتْلُ الكافرِ إذا أثْخنه المسلمُ . وإن أثْخن المسلمَ وقصدَ تَذْفيفَه ، منعناه وقتلناه وإن كان الأمانُ ممدودًا إلى القتل ؛ بل مثلُ هذا الأمانِ باطلٌ ؛ إذْ فيه مضرةٌ على المسلمين .

ولو خرج جَمْعٌ لإعانة الكافر قتلناهم مع المبارز إن كان باستنجاده ، وإن لم يكن بإذنه لم نتعرَّضْ له .

واختتام الباب بذكر ثلاث مسائل :

المسألة الأولى [3] : مسألة العِلج [4] . فإذا قال علجٌ من علوج الكفار : أدُلّكم على قلعة بشرطِ أنْ تجعلوا لي منها الجاريةَ الفلانيةَ التي فيها . فهذه الجعالةُ صحيحةٌ ، مع أن الجُعْلَ غيرُ مملوكٍ ، ولا مُعَيَّنٌ معلوم [5] ، ولا مَقْدُور على تسليمه ، ولكن للحاجة .

---

(١) في (ب) : « يتخير » .

(٢) كلمة : « الفرع » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) كلمة : « المسألة » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) العِلْج : هو الرجل الكافر الغليظ الشديد ، سُمِّي كذلك ؛ لأنه يَدْفع بقوته عن نفسه ، ومنه سُمِّى العلاجُ لِدفعه الداءَ . انظر الروضة (١٠ / ٢٨٥) . القاموس المحيط ص (٢٥٤) . مادة (ع ل ج) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (فهذه الجَعَالة صحيحةٌ مع أن الجُعْلَ غَيْرُ مملوكٍ ، ولا معينٌ معلوم) هذا لا يرجع إلى الصورة التي ذكرها ، فإن الجارية فيها مُعَيَّنة ، وإنما المعنى أنها تصحُّ ولو لم يُعَيِّنها كما إذا أطلق ، وقال : جارية ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٧ / ب) .

ولو كان الدليل مسلمًا ، فالصحيحُ أنه لا يصحُّ ؛ لِفَقْدِ الشروط . وفيه وجه : أنه يَصِحُّ للحاجة ، وهو بعيد . وإنما ينقدح إذا جوَّزْنا للإمام استئجارَ المسلم ، وإلّا فالدلالةُ جهادٌ يقع عنه .

ثم لنا مع الجارية [1] خمسةُ أحوال :

(الحالة الأولى) : أن لا نقاتل القلعة ، فإن لم يكن ممكنًا فلا شيءَ للعلج ؛ إذْ دَلَّ على ما لا خَيْرَ فيه ، وإن كان ممكنًا فتركناه ، فيُحتمل أن يَستحق ؛ لأنه أَتَمَّ عَمَلَ الدلالة ، ويُحْتمل أن لا يَسْتحقّ ، وكأنَّه مُعَلَّقٌ بالقتال .

وإن قاتلنا [2] فلم نَقْدِر ، فهاهنا أولى بأن لا يستحق . وإن جَاوَزْنَاها لمهمٍّ [3] ، ثم وقعنا عليها ثانيًا - لا بعلامته - فلا شيءَ له ، وإن رجعنا بعلامته فله الجاريةُ . وإن فتحها طائفةٌ أخرى فلاشيءَ عليهم ؛ لأن الشرط لم يَجْرِ معهم وإن بلغهم [4] علامتُه .

(الحالة الثانية) : أنْ نَفْتح ولا نَجِدَ الجارية ، فإن أخطأ العلجُ ، فلا شيءَ له ، وكذلك إن كانت قد ماتت قبل معاقدة [5] العلج . ولو ماتت بعد المعاقدة ، فثلاثةُ طرق [6] :

أحدها : طرد القولين في وجوب البدل .

والثاني : أنه يجب إن ماتت بعد الظفر ، وإن ماتت قبله فقولان .

والثالث : لا يجب إن ماتت قبل الظفر / وإن ماتت بعده فقولان . ٢٦٦/أ

ولا شك في أنه يجب البدل إن ماتتْ بعد التمكين من التسليم وجرى التقصيرُ منّا .

ثم إذا وجب البدلُ ، فهو قيمتُها أو أجر المثل [7] ؟ فيه قولان ينبنيان على أنّ الجُعْلَ المعيَّنَ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الحاجة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وإذا قاتلنا » .

(٣) يعني : لأمر مُهِمٍّ .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بلغتهم » .

(٥) يعني : قبل أن نعقد معه هذا العقد .

(٦) والمذهب أنها إن ماتت بعد الظفر ، وجب بدلُها ؛ لأنها حصلت في يد الإمام ، فَتَلَفَتْ من ضمانه . وإن ماتت قبل الظفر ، فلا شيءَ له . انظر الروضة (١٠ / ٢٨٦) .

(٧) في (أ) ، (ب) : «أجرة المثل» . والراجح أنه يستحق أجرة مثله في الدلالة على القلعة . انظر الغاية القصوى (٢/٩٥٤) .

يُضْمن بضمان العقد ، أو ضمانِ اليد كما في الصداق [١] ؟ ثم إذا وَجَبَ ، فهو من المغنم أو من مال المصالح ؟ ، فيه وجهان .

(الحالة الثالثة) [٢] : أنْ نجدها مسلمةً ، فلا يمكن تسليمُها إلى كافر ، فلابد من الضمان . وفيه وجه : أنّ الإسلام كالموت ، وهذا بعيدٌ إنْ أسلمت بعد الظفر ، أما قبله فيمكن أن يقال : إذا تعذر مِلْكُنا لها بالإسلام [٣] فصار كالموت [٣] .

(الحالة الرابعة) [٤] : أن لا نجد في القلعة إلا تلك الجاريةَ ، ولا غَرَضَ لنا في استبقاء القلعة ، ففي تسليم الجارية وجهان ، ووجْهُ المنع أنّا لا نحصل على غرض ، فيكون عَمَلنا للعلج خاصةً .

(الحالة الخامسة) [٥] : إذا ظُفِر [٦] بها بعد أن صالحَنا زعيمَ القلعة [٧] على الأمان في أهله وكانت من أهله ، فإن لم يَرْضَ الزعيمُ بتسليم الجارية ببدلٍ ، قلنا له : ارجعْ إلى القتال وأغلق [الباب] [٨] فإنّ الشرط مع العلج سابقٌ ، والشرطُ معك مُنَاقِضٌ له ، فلم يصحَّ .

ولا خلافَ في أنه لا يُشْترط في أمان أهل الزعيم العِلْمُ بعددهم ، بل مَنْ ظهر أنه مِنْ أهله كان في أمان ، وإليه التعيينُ إذا طلبَ الأمانَ لعددٍ معلوم ؛ صالح أبو موسى (رضي الله عنه) عن بعض القلاع على أمانِ مائةٍ ، فعدَّ صاحبُ القلعة مائةً ، فلما أتَمَّها ضَرَبَ عُنَقَ صاحبِ القلعة ؛ لأنه كان زائدًا على المائة [٩] .

المسألة الثانية : المستأمن إذا ثبت له ديون في ذمتنا أو أودعَ [١٠] عندنا أموالًا ، ثم رجع إلى

---

(١) والأصح أن الجعل مضمون ضمان العقد لا ضمان اليد . انظر الغاية (٢ / ٩٥٤)

(٢) كلمة : « الحالة » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) فى (أ) ، (ب) : « فيصير كالموت » .

(٤) كلمة : « الحالة » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) كلمة : « الحالة » زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « إذا ظفرنا » .

(٧) في نسخة أخرى : « القرية » كذا على هامش الأصل .

(٨) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « على مائة » .

(١٠) في (أ) : « وأودع » .

بلاده ليعود ، فأمانُه مُطردٌ . ولو نقض العهد والتحق بدار الحرب ففيما خلفه ثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه فيء ، وانتقض أمانُه ؛ لأنه الأصلُ ، وقد بطل أمانُه في نفسه .

والثاني : لا ؛ لأنه لم يفارق إلا بنفسه ، فأمانُه باقٍ في ماله [١] .

والثالث : أن المال إنْ عُصِمَ - تبعًا له - انتقض ، وإن جرى بشرطٍ مقصودٍ فلا .

التفريع : إن قلنا : بطل [٢] أمانُه ، فهو فيء ، وإن قلنا : بقي أمانُه ؛ فلا يُتَعَرَّض له مادام حيًّا ، وله أن يعودَ لطلبه . وعُذْرُ الطلبِ يُغْنيه عن الأمان كعذر السفارة إلا أن يتخذ ذلك ذريعةً في كثرةِ الرجوع . وإن مات في دار الحرب ، ففيه قولان :

أحدهما : أنه لورثته ؛ إتمامًا للأمان [٣] .

والثاني : أنه فيءٌ ؛ إذْ ضَعُفَ الأمانُ بانضمام الموت إلى نقض العهد .

ولو كان قد خرج لشغلٍ فمات ، فالظاهرُ أنه لورثته . وفيه وجه بعيد : أنه ينقطع الأمانُ بموته . فإن قلنا : لورثتِه ، فلهم الدخولُ بعذر الطلبِ من غير أمان .

أما إذا استرق بعد الالتحاق بدار الحرب ، ففي انقطاع الأمان بالرِّقِّ قولان مرتبان على الموت ، وأولى بأن لا ينقطع ، فإن لم يقطعه ، فَعَتَقَ : رُدَّ إليه . وإن مات حرًّا رجع القولان . وإن مات رقيقًا فهو فيء ؛ إذ الرقيق لا يُورث ، والسيد أيضًا لا يرثه [٤] ، هذا هو النصُّ ، وفيه أيضًا قولٌ مُخَرَّج : أنه يُصْرف إلى ورثته ؛ لأن إسقاطَ الإرثِ بالرقِّ ونقْضَ الأمانِ به حكمٌ شرعي ولا يُؤاخذ الكفار به [٥] . وخُرِّج هذا القولُ من مسألة في « الجراح » ، وهو أنه لو قطع يَدَ ذَمّيٍّ فالتحق

---

(١) وهذا الوجه هو الصحيح . انظر الروضة (١٠ / ٢٨٩) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « يبطل » .

(٣) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة (١٠ / ٢٩٠) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (والسيد أيضًا لا يرثه) يُضَاف إليه (ولا يأخذه بالملك) فإنه مالٌ لم يكتسبه في حالة الرق بل قبله ، ولهذا لا يأخذه في حياته ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٧ / ب) .

(٥) في (أ) (ب) « ولا يؤاخذ الكافر به » .

بدار الحرب واسترق ومات رقيقًا من تلك الجناية ، ففي قدر الواجب على القاطع كلامٌ طويل ، وقد نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) على صَرْفِ شيء إلى الورثة ، فقيل : في المسألة [1] قولان بالنقل والتخريج .

المسألة الثالثة : إذا حاصر الإمامُ أهلَ قلعةٍ ورضي أهلُها بحكم رجلٍ عَيَّنوه ، فللإمام أن يَسْتنزلهم على حُكْمه ؛ استنزل رسولُ الله ﷺ بني قريظة على حكمِ سعد (رضي الله عنه) [2] .

ولْيَكُن المحكَّمُ عدلًا أمينًا [3] عالمًا بمصالح القتال ، ولا يُشْترط كونُه مجتهدًا .

ثم حكمُ المحكَّمِ نافذٌ بالقتل والإرقاق والعفوِ ، وليس للإمام أن يقضي بما فوقه ، وله أن يَقْضي بما دونه مُسَامحًا . فإذا حكم بالقتل ، فللإمام الاسترقاقُ أم لا ؟ ، فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنه دونه .

والثاني : لا ؛ لأن الإنسان قد يُؤثر الموتَ على الذُّلِّ المؤبد [4] .

وإذا حكَم بالقتل فأسلم ، امتنع قَتْلُه . وإن حكم بالرقِّ ، فأسلم قبل الإرقاق : فإن رأينا أن الرقَّ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « في المسألتين » .

(٢) الحديث رواه البخاري (٧ / ٤٧٥) كما في الفتح (٦٤) كتاب « المغازي » (٣) باب « مَرْجع النبي ﷺ من الأحزاب ، ومخرجه إلى بني قريظة » حديث (٤١٢١) بإسناده عن أبي سعيد الخدري (رضي الله عنه) قال : نزل أهلُ قريظة على حكمِ سعد بن معاذ ، فأرسل النبيُّ ﷺ إلى سعد ، فأُتي على حمار ، فلما دَنَا من المسجد قال للأنصار : قوموا إلى سيدّكم - أو خيركم - فقال : هؤلاء نزلوا على حكمك . فقال : تُقْتَل مُقاتِلتُهم ، وتُسْبى ذراريهم ، قال : قضيتَ بحكم الله » وربما قال : « بحكم الملك » . ورواه مسلم (٣ / ١٣٨٨) (٣٢) كتاب « الجهاد » (٢٢) باب « جواز قتال من نقض العهد » حديث (١٧٦٨) . ورواه الترمذي في سننه (١٢٢/٣) حديث (١٥٨٢) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولْيكنِ المحكَّمُ عدلًا أمينًا) فجمع بينهما ، وكذلك شيخُه . والعدلُ لا يكون إلا أمينًا ، وكأنهما أرادا بالأمين أن لا يكون مُتَّهَمًا بالميْل إليهم بقرابةٍ أو غيرها ، وهذا قد يوجد في العدل ، والله تعالى أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٨ / ب) .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (١٠ / ٢٩٢) .

فوق القتل لم يملكه ، وإن قلنا : إنه دونه ، فقد كان يملكه قبل الإسلام فيملكه الآن إلا أن يُسْلم قبل الظفر .

ولو حكم بضربِ الجزيةِ عليهم ، فهل عليهم القَبُولُ ؟ ، فيه وجهان ، ووجه المنع :أنه معاقدةٌ بالتراضي فلا يُجْبَرون / عليه . ٢٦٦/ب

وينبغي أن يَجْري الخلافُ في المفاداة أيضًا ، فإن قلنا : لا تلزمهم ، فلا يتعرض لهم بقتْلٍ وغيره إنْ منعوا بَذْلَ الجزية ، لكن نُلحقهم بالمأْمَن ونَسْتأنف القتال . وإن قلنا : يلزمهم ، فحكمُهم حكم أهل الذمة إذا منعوا الجزية ، وسيأتي .

ولو شرط الأمان لمائةِ نفرٍ من أهل القلعة ، فالاختيارُ إليه [1] ، فله أن يعيِّن مَنْ شاء ، فإنْ عيَّنَ مائةً تامة ، فَلَنا أن نقتلَه ؛ لأنه زائدٌ على المائة كما فَعَلَه أبو موسى (رضي الله عنه) .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « فالاختيار له » .

كتاب الجزية والمهادنة

والعقود التي تفيد الأمن للكفار ثلاثة :

الأمانُ - وقد ذكرناه - ..

والذمةُ ، والمهادنةُ .. وهما مقصودُ الكتاب .

العقد الأول [1]

عقد الذمة

وهو التزامُ تقريرِهم في ديارنا وحمايتهم والذّبِّ عنهم ، بِبَذْلِ الجزية والاستسلام من جهتهم ، وذلك جائزٌ ؛ لقوله تعالى : ﴿ حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَـٰغِرُونَ ﴾ [2] ، ولقول النبي ﷺ لمعاذٍ حين بعثه إلى اليمن : « إِنَّكَ سَتَرِدُ عَلَى قَوْمٍ ، مُعْظَمُهُمْ أَهْلُ الكِتابِ ، فَاعْرِضْ عَلَيهِمُ الإِسْلَامَ ، [3] فإنِ امتنعوا ، فَأَعْرِضْ عليهم الجزيةَ ، وخُذْ مِنْ كُلِّ حالمٍ دينارًا [3] ، فإن امْتَنَعُوا فَاقْتُلْهِمْ » [4] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الفصل الأول » .

(٢) من الآية (٢٩) من سورة (التوبة) .

(٣) ما بين الرقمين ليس في (أ) ، (ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « الحديثُ الذي ذكره عن معاذ (رضي الله عنه) ليس بمعروفٍ على الوجه المذكور . والمعروفُ فيه عن معاذ : أنّ النبيَّ ﷺ لمَّا وَجَّهَهُ إلى اليمن ، أَمَرَه أن يأخذ من كل حالمٍ دينارًا ، أو عِدْلَه من المَعَافِر (ثياب تكون باليمن) . أخرجه أبو داود – وهذا لفظه – وغَيْرُه .

وكان ينبغي أن يحتجَّ بحديث بُرَيدة بن الحصيب ، الذي رواه مسلم في صحيحه ، الذي فيه « أنّ النبي ﷺ كان إذا أمَّرَ أميرًا على جيش أو سرية قال له : ادْعُهم إلى الإسلام ، فإنْ أجابوك فاقْبَلْ منهم وكُفَّ عنهم ، فإن هم أبَوْا ، فَسَلْهُمُ الجزيةَ . فإن هم أجابوك ، فاقْبَلْ منهم وكُفَّ عنهم . فإن هم أبَوْا فاسْتَعِنْ بالله عليهم وقَاتِلْهُم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٨/ب) .

قلت : الحديث الذي ذكره الإمام الغزالي مُلَفَّقٌ من حديثين ، وكلاهما عن معاذ بن جبل (رضي الله عنه) :

(الأول) : مارواه البخاري في صحيحه (٣٧٧/٣) (٢٤) كتاب « الزكاة » (٤١) باب « لاتؤخذ كرائم أموال الناس في الصدقة » حديث (١٤٥٨) بإسناده عن ابن عباس (رضي الله عنهما) أن رسول الله ﷺ لما بعث معاذًا (رضي الله عنه) إلى اليمن قال : « إنك تقدم على قوم أهل كتاب ، فليكن أول ما تدعوهم إليه ، عبادة الله ، فإذا عَرَفوا الله ، فأخبرهم أن الله قد فرض عليهم خمسَ صلوات في يومهم وليلتهم ، فإذا فعلوا الصلاةَ ، فأخبرهم أن الله فرض عليهم زكاةً من أموالهم وتُرَدُّ على فقرائهم ، فإذا أطاعوا بها فَخُذْ منهم ، وتَوَقَّ كرائمَ أموالِ الناس » .
ورواه مسلم أيضًا (٥٠/١) (١) كتاب « الإيمان » (٧) باب « الدعاء إلى الشهادتين » حديث (١٩) .

(والثاني) : ما رواه أبو داود في سننه (٤٢٨/٣) حديث (٣٠٣٨) .

=

والنَّظَرُ في : أركان هذا العقد ، وأحكامِه .

أما الأركانُ فخمسةٌ :

الركن الأول : صيغة العقد . وهو أن يقول نائبُ الإمامِ (١) : أَقْرَرْتُكُم بشرط الجزية والاستسلام . والصحيحُ : أنه يُشْترط ذِكْرُ مقدار الجزية . وقيل : لا يُشْترط ، ولكن نُنزل المطلقَ على الأقلِّ . وقال العراقيون : لا يُشْترط ذِكْرُ الاستسلامِ ؛ لأنه حكم للعقد (٢) كالمِلْك في البيع (٣) .

لكن هل يجب التعرضُ لكفِّ اللسانِ عن الله ورسوله ؟ فيه وجهان ، والصحيحُ : أنّ الاستسلامَ من جانبهم - مع الجزية - كالعوض عن التقرير ، فيجب ذكره ، ثم يندرج تحته كَفُّ اللسانِ .

والتأقيت ، هل يُبْطِلُ هذا العقدَ ؟ ، فيه قولان :

أحدهما : أنه لايبطل كالأمان .

= قلت : والحديث الذي ذكره ابن الصلاح وقال : رواه مسلم عن بريدة ، هو في صحيح مسلم (١٧٣١/٣)(٣٢) كتاب « الجهاد والسير » (٢) باب « تأمير الإمام الأمراء على البعوث ، ووصيته إياهم بآداب الغزو وغيرها » حديث (١٧٣١) .

(١) أو الإمام نفسه.

(٢) في (أ) ، (ب) : « حكم العقد » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وقال العراقيون : لا يُشترط ذِكْرُ الاستسلام ؛ لأنه حكم العقد كالملك في البيع) هذا غلطٌ على العراقيين ، والذي ذَكَرَه شيخه في « نهاية المطلب » أنَّ العراقيين قالوا : لا بد من ذكر شَرْطين في العقد ولو لم يُذْكَرا لم يصحَّ العقدُ ، وهما : الجزية والاستسلام لجريان الأحكام ، وصرَّحوا باشتراط التلفُّظِ بهما . قال : وذكر القاضي ذلك أيضا على هذا الوجه . أما قياس المراوزة فهو أن الجزية لا بد مِنْ ذكرها ، وأما ذِكْرُ استسلامهم للأحكام ، فيجب أنْ لا يُشْترط ، وهو من حكم الذمة ، ولا يُشْترط ذِكْرُه كالملك في البيع . ثم عاد فَذَكَر عن العراقيين أنهم قالوا : يجب ذِكْرُ الجزية والاستسلامِ للأحكام وجهًا واحدًا . وهل يجب أن يذكر أنهم لا يتعرضون لديننا بذكر السّوء ؟ فيه وجهان . هذا نَقْلُ شيخِه ، وهو الصوابُ ، وقد راجعتُ غَيْرَ واحدٍ من كتب العراقيين ، منها « تعليق الشيخ أبي حامد الإسفرايني » و « الشامل » لابن الصباغ ، و « الشافي » للجرجاني ، فإذا فيها القطعُ منهم باشتراط ذكر الاستسلام في العقد ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٨/ب ، ١٢٩/أ) .

والثاني : أنه يبطل ؛ لأن هذا بَدَلٌ عن الإسلام ، فَلْيَتَأَبَّدْ (١) .

ولو قال الإمامُ (٢) : أُقِرُّكم بالذمة ما شئتُ أنا ، فقولان مرتبان ، وأولى بالجواز (٣) ؛ إذْ نُقِلَ أنه (عليه السلام) قال لهم : « أقركم [على ذلك] (٤) ماأقركم الله » (٥) . إلا أن ذلك كان في انتظار الوحي ولا يُتَصوَّر الآنَ (٦) .

---

(١) والمذهب أنه لا يصح عقد الذمة مؤقتًا . انظر الروضة (٢٩٧/١٠) .

(٢) كلمة : « الإمام » ليست في (أ) ، (ب) .

(٣) قال في الروضة (٢٩٧/١٠) « ولوقال : أقركم ما شئتُ ، أو أقركم ما أقركم ألله ، أو إلى أن يشاء الله : لم يصح على المذهب » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) الحديث رواه البخاري (٢٦/٥) (٤١) كتاب « الحرث والمزارعة » (١٧) باب « إذا قال ربُّ الأرض : أقرك ما أقرك الله » حديث (٢٣٣٨) وفيه « وكان رسول الله ﷺ لما ظهر على خيبر أراد إخراجَ اليهود منها ، وكانت الأرضُ حين ظهر عليها لله ولرسوله وللمسلمين ، وأراد إخراجَ اليهود منها ، فسألتِ اليهودُ رسولَ الله ﷺ لِيُقِرَّهُم بها ، أن يكفوا عملَها ، ولهم نِصْفُ الثَّمرِ ، فقال لهم رسولُ الله ﷺ : نُقِرّكم بها على ذلك ما شئنا ، فَقَرُّوا بها حتى أجلاهم عمرُ إلى تَيْمَاء وأَرِيحاء » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا قال : أقركم ما شئتُ أنا : (إنه أولى بالجواز ؛ إذ نُقِلَ عنه ﷺ أنه قال : أقركم ما أقرَكُمُ الله ، إلا أن ذلك كان في انتظار الوحي ولا يُتَصَوّر الآن) يعني أن معنى ذلك أُقِرّكم إلا أنْ يُوحى لَكَ نَسْخُ ذلك ، ولا يُتَصَوّر مثلُ هذا بعده ﷺ ، فليس ذلك إذن من قبيل التأقيت بمشيئة الإمام .

قلت - أي ابن الصلاح : هذا - وإن كان ثابتًا بهذا اللفظ في صحيح البخاري ، وثابتٌ في الصحيحين معًا من حديث ابن عمر (رضي الله عنهما) أن رسول ﷺ أراد إخراج اليهود من خيبر ، فسألوه أن يُقِرَّهم بها على أن يكفوا العملَ ولهم نِصْفُ الثمر ، فقال لهم رسول الله ﷺ نُقِرّكُم بها على ذلك ما شئنا ، فَقَرّوا بها حتى أجْلاهم عُمَرُ في إمارته إلى تيماء وأريحاء - فالجوابُ عن الحديث إذن على قولِ مَنْ منع من ذلك في العقد أن الذي في الحديث ليس تأقيتًا في العقد بل تأقيتًا لتقريرهم بخيبر وأرضِ الحجاز ، ولما أجْلاهُم عنها عمر (رضي الله عنه) كانوا مستمرين على عقد الذمة . وقد تمسّكَ الشافعيُّ (رحمه اللّه) في كلامه في سُكْنَى الحجاز بقوله : أقركم ما أَقَركم الله ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٩/أ وما بعدها) .

ولو قال : أُقِركم ما شئتم ، جاز ؛ (١ لأنه حكم المطلق ١) ؛ إذْ لا يلزم هذا العقدُ من جانبهم ، لكن يلزم من جانبنا إنْ صَحَّ ، وإذا فسد لم يلزم (٢) ، ولكنْ لانغتالهم ، بل نُلْحِقهم بالمأمَنِ .

فرع : لو اتفقت الإقامةُ على حكم الفساد سنةً أو سنتين ، نأخذ لكل سنةٍ دينارًا ولا نُسَامح بالتقرير مجانًا . ولو وقع كافرٌ في ديارنا (٣) مدةً ، ولم نشعر به حتى انقضت سنةٌ ، فلا نأخذ منه الدينارَ ؛ لأنه لم نقبله أصلًا . نعم و نغتاله ونَسْتَرِقُّه . فإن قَبِلَ الجزيةَ ففي مَنْعِ استرقاقِه وجهان :

أحدهما : أنه يُستَرَقّ ؛ كالأسير إذا أراد مَنْعَ الرقِّ ببذْلِ الجزية لم يمتنع (٤) .

والثاني : أنه يلزم قبول الجزية ؛ لأن هذا لم نقصد الاستيلاءَ عليه بخلاف الأسير .

ولو قال : دخلتُ لسماعِ كلام الله تعالى : تركناه . وإن قال : دخلتُ لسفارة (٥) ، صدَّقناه إن كان معه كتابٌ ، وإن لم يكن فوجهان ، والظاهر نُصَدِّقه . ولو قال : دخلت بأمانِ مسلمٍ ، ففي تصديقه بغير حجة وجهان من حيث إنّ إقامةَ الحجة عليه ممكنٌ (٦) .

ثم الذي يَدْخُل للسماع لا نُمكِّنُه من المقام وراءَ أربعةِ أشهرٍ ، وفيما دون ذلك إلى مُدّة البيان ، وجهان (٧) .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « لأنه حكم مطلق العقد » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لا يلزم » .　　(٣) في (أ) ، (ب) : « بلادنا » .

(٤) في (أ)، (ب) : « لم يقبل » والأصح من الوجهين أنه لا يحرم استرقاقه ، كما لا يحرم استرقاق الأسير . انظر الروضة (٢٩٨/١٠) .

(٥) السِّفارة : بكسر السين ، والسفير : الرسولُ المصلح بين الفريقين . انظر المشكل (جـ٢ ق ١٢٩/ب) .

(٦) والأصح أنه يصدق بلا بينة ؛ لأن الظاهر أنه لا يدخل بغير أمان . انظر الروضة (٢٩٩/١٠) .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله في الذي يدخل لسماعِ كلام الله تعالى : (لانمكّنه من المقام فوق أربعة أشهر وفيما دون ذلك إلى مدة البيان وجهان) أراد بمدة البيان المدةَ التي يتبين فيها لمثله حججُ الإسلام ومحاسنُه ، ففي وجهٍ لا يُتْرَك أكثر منها ، وفي وجهٍ يترك أربعة أشهر ، وفي مدة التسييح المذكورة في قوله تبارك وتعالى : ﴿ فَسِيحُوا فِي الْأَرْضِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ﴾ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٩/ب) .

الركن الثاني : في العاقد . ولا يعقده إلا الإمام ، فلو تعاطاه [١] واحدٌ بغير إذنه : لم يصحَّ ، ولكن يمنع الاغتيال . ولو أقام سنة ، ففي أَخْذِ الجزية وجهان :

أحدهما : أنه يُؤْخَذ كعقد الإمام [٢] إذا فَسَدَ .

والثاني : لا ؛ لأنَّ قبولَه لا يؤثر إذ لم يكن [القبول ممن] [٣] هو من أهل الإيجاب [٤] .

ويجب على الإمام قبولُ الجزية إذا بَذَلُوها إلا أَنْ يَخاف غائلتهم . فإنْ كَثُرَ جَمْعُهم ، فَلْيُفَرِّقهم في البلاد . ولايجب قبولُها من الجاسوس ؛ لما فيه من المضرّة .

الركن الثالث : فيمن يُعقد له . وهو كل كتابيٍّ ، عاقل ، بالغ ، حُرّ ، ذَكَرٍ ، متأهب للقتال ، قادر على أداء الجزية ، فهذه سبعة قيود :

الأول : الكتابي ، فلا يؤخذ من عبدة الأوثان والشمس ،وإنما تؤخذ من اليهود والنصارى . والمجوس أيضًا يُسَنّ بهم سُنَّة أهلِ الكتاب في الجزية دون أكل الذبيحة والمناكحة [٥] .

---

(١) في الأصل : « تعطاه » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله فيمن عَقد له الذمة واحدٌ من الرعية إذا أقام سنة : (ففي أخذ الجزية منه وجهان : أحدهما : تؤخذ كعقد الأمان إذا فسد .

وقع في النسخ (الأمان) بالنون ، وصوابه (كعقد الإمام) بالميم ، وهذا ظاهر عند المتأمِّل ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٠/أ) .

قلت : هو في النسخ الثلاثة التي عندي « كعقد الإمام » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (٢٩٩/١٠) .

(٥) قال الحافظ ابن حجر : « في الموطأ عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عمر (رضي الله عنه) قال : « لا أدري ما أَصنع بالمجوس ؟ فقال عبد الرحمن بن عوف : أشهد ، لسمعتُ رسول الله ﷺ يقول : « سُنُّوا بهم سُنَّةَ أهل الكتاب » وهذا منقطع مع ثقة رجاله . ورواه ابن المنذر والدارقطني في « الغرائب » من طريق أبي علي الحنفي عن مالك فزاد فيه (عن جده) يعود على محمد بن عليّ ، فيكون متصلًا ؛ لأن جده الحسين بن علي سمع من عمر بن =

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يُقَرّر وَثَنِيُّ العجمِ دون وثنيّ العرب [1] .

ولو ظهر قومٌ زعموا أنهم أهلُ الكتاب كالزبور وغيره ، فهل يُقَرُّون بالجزية ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأن الزبور كتابٌ محترمٌ ، وكذا سائر كتب الله تعالى ، ولا يمكن أنْ نعلم دينَهم إلا بقولهم [2] .

والثاني : لا ؛ لأنه لاثِقَةَ بقولهم .

والأولون / لم يعولوا إلا على أهل التوارة والإنجيل . ٢٦٧/أ

ثم لا شكَّ في أنه لا تَحلُّ مناكحتُهم لظهور هذه الشبهة ، كما أنَّ من شك في

= الخطاب ومن عبد الرحمن بن عوف ، وله شاهد من حديث مسلم بن العلاء الحضرمي أخرجه الطبراني في آخر حديث بلفظ : « سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب » .

قال أبو عمر : « هذا من الكلام العام الذي أُريد به الخاصُّ ؛ لأنّ المرادَ سنةُ أهلِ الكتاب في أَخْذِ الجزية فقط » . انظر فتح الباري (٦/ ٣٠٢) .

(١) **مذهب الشافعية** . أن الذي تؤخذ منه الجزية هو الكتابي – يهودًا أو نصارى – وكذلك المجوس أيضًا يُسَنُّ بهم سنة أهل الكتاب في الجزية فقط دون أكل الذبيحة والنكاح منهن . أما أهل الأوثان ، فلا تؤخذ منهم الجزية ، عربًا كانوا أو عجمًا . وهذا مذهب الحنابلة أيضًا . وعن الإمام أحمد رواية : أنها تؤخذ من جميع الكفار إلا عبدة الأوثان من العرب . انظر : الأم (١٧٣/٤) . مختصر المزني ص (٢٧٧) . الوجيز (١٩٩/٢) . روضة الطالبين (٣٠٤/١٠) . الغاية القصوى (٩٥٥/٢) . فتح الوهاب ص (١٧٩) . حلية العلماء (٦٩٥/٧) . رحمة الأمة ص (٣٠٤) . المقنع ص (٩٣ ، ٩٤) الشرح الكبير مع المغني (٥٨٤/١٠ ، ٥٨٥) . دليل الطالب ص (١٢٧) . كشاف القناع (١١٧/٣) الإنصاف (٢١٧/٤) . المغني (٣٦٢/٨) .

ومذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أن أهل الكتاب والمجوس تؤخذ منهم الجزية ، وكذلك تؤخذ من عبدة الأوثان من العجم خاصة دون العرب . انظر : تحفة الفقهاء (٣٠٧/٣) . المبسوط (٧٧/١٠) . الهداية (٤٥٣/٢) . فتح القدير (٤٩/٦) . رد المحتار (١٩٨/٤) . مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٦٧٠/١ ، ٦٧١) .

ومذهب المالكية : أن الجزية تؤخذ من سائر الكفار إلا كفار قريش خاصة . انظر : الكافي ص (٢١٧) . القوانين الفقهية ص (١٦١) . مواهب الجليل (٣٨١/٣) . التاج والإكليل (٣٨٠/٣) بهامش مواهب الجليل .

(٢) والأصح أنهم يقرون بالجزية ، ومع هذا لا تحلُّ مناكحتُهم وذبيحتُهم على المذهب عملًا بالاحتياط . انظر الروضة (٣٠٤/١٠) .

أن (١ أول آبائه دان بدينهم قبل المبعث ١) أو بعده ، يُقَرَّر ولا يُنَاكَح . فإنْ علم أنه دان قبل المبعث يُقَرَّر ويناكح ، وإن علم أنه دان (٢) بعد المبعث لم يقرر . وإن دان بعد التبديل قُرِّرَ ولا يُنَاكح . وفيه وجهٌ : أنه لا يُقَرّر .

فروع

الأول : اختلفت نصوصُ الشافعي (رضي الله عنه) في الصابئين (٣) - وهم فرقةٌ من النصارى - وفي السامرة - وهم فرقةٌ من اليهود - فمنهم من قال : إنه (٤) تردَّدَ ؛ لتردُّدِه في أنهم مبتدعةٌ عندهم (٥) أو كَفَرَةٌ ، فإن صَحَّ كُفْرُهم بأن قالوا : مُدَبِّرُ العالمِ النجومُ السبعةُ ، أو قالوا بقدم النور والظلمة : فلا يُقَرَّر ؛ لأنه يناقض مُوجب الكتبِ المنزلة . ومنهم من قال : وإن كانوا مبتدعةً ، فالقولان جائزان (٦) ؛ إذ تضعف بالبدعة حرمتهم .

(٧ وهذا الخلاف إنما ٧) ينقدح في نكاحهم ؛ لأنَّ مبتدعة الإسلام يُنَاكَحون ؛ لأخبارٍ مَنَعَتْ من التكفير ، فلا يُعَدّ في التغليظ على مبتدعة أهل الكتاب .

الثاني : لو قبلنا جِزْيته ، فأسْلَمَ منهم رجلان عَدْلَان شَهِدَا أنه كافرٌ بدينهم تبينَ انتقاضُ العهد ، ونغتالُه ؛ لِتَلْبِيسِه علينا ، وإنما تثبت علقةُ الأمانِ عند جهلهم .

الثالث : المتولِّدُ بين وثنيٍّ وكتابية - وبعكسه - في مناكحته قولان (٨) ، الصحيحُ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أن أول آبائة كان قبل المبعث » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « كان » .

(٣) انظر الأم (١٧٣/٤) ، ومختصر المزني ص (٢٧٧) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « إنما » .

(٥) كلمة : « عندهم » ليست في (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « جاريان » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « وهذا الخلاف أيضًا » .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (المتولِّد بين وثنيٍّ وكتابيةٍ ، أو بعكسه ، في مناكحته قولان) هذا مشكل ، وليس معناه ففي حِلِّ مناكحته قولان ؛ فإنه يَحْرُم مناكحةُ المتولِّد بين وثني وكتابية قولا واحدًا على ما عُرِفَ ، والخلافُ في حِلِّ المناكحة إنما هو في المتولِّد بين كتابي ووثنية ، وإنما معناه ففي المعتبر في مناكحته قولان ، هَلْ هو النظرُ إلى =

أنه يُقَرَّر [1] ، ومنهم من طرد القولين .

الرابع : إذا توثَّنَ نصرانيٌّ وله أولاد صغار : فإن كانت الأمُّ نصرانيةً استمر حكمُ تَنَصُّرِهم بعد البلوغ ، وإن كانت وثنيةً فقولان :

أحدهما : أنه تبقى علقةُ التنصير لهم ، فيقررون بعد البلوغ [2] .

والثاني : أنهم يتبعون في التَّوثُّنِ أيضًا ، لكنْ لا يُغْتَالون ، وفي اغتيال أبيهم خلافٌ .

الخامس : الولد الحاصل من المرتدين - في إسلامهم - لأجل علقة الإسلام ، في المرتد خلاف ، فإن قضينا به : فإن لم يصرحوا بعد البلوغ فهم مرتدون ، وإن لم نَقْضِ به فلا يُقَرُّون ؛ إذْ لم يثبتْ دِينُ آبائه قبل المبعث . وفيه وجه بعيد لا اتجاهَ له ؛ إذ تخرم القاعدة في مراعاة تقديم الدين على المبعث ، وعلى هذا يتجه الترددُ في نكاحهم ، والصحيحُ المنعُ .

والصحيح : أنه لايحلُّ وطء سبايا غُوراء ؛ إذِ صَحَّ أنهم ارتدوا بعد الإسلام ، نعم ينقدح الترددُ في استرقاقهم بناءً على أنهم كفارٌ أصليون ؛ فإن عبدة الأوثان لايمتنع إرقاقهم على ظاهر المذهب ، وفيه وجه : أنه يمتنع ؛ لأن فيه أمانًا مؤبدًا لِوَثنيٍّ .

القيد الثاني : العقل ، فلا يُؤْخذ من المجنون جزيةٌ ، بل هو تابعٌ كالصبي . ولو وَقَعَ في الأسر رَقَّ بنفس الأَسْر كالصبي . وإن كان يُجَنُّ يومًا ويفيق يومًا [3] ، ففي وجهٍ : يُعتبر آخِرُ الحولِ ، وفي وجه : تُلَفَّقُ أيامُ الإفاقة سنةً ، ويؤخذ لها دينارٌ ، وهو الأقيس ، وهو مذهبُ أبي حنيفة (رحمه الله) . وفي وجهٍ : يُنْظر إلى الأغلب . وفي

= جانب الأب ؟ أو تَغْليب جانب التحريم ؟ وينشأ من ذلك القطعُ بعدمِ الحلِّ في ولد الوثني والكتابيةِ ، وردُّ الخلافِ فيه إلى المأخذ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٠/أ) .

(١) وهو المذهب . انظر الروضة (٣٠٦/١٠) .

(٢) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة (٣٠٧/١٠) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإن كان يُجَنّ يومًا ويُفيق يومًا) كان ينبغي أن يقول : (وإن كان يُجَنُّ ويُفيق) ؛ لأجل قوله : (وفي وجه : يُنْظر إلى الأغلب) ، والله أعلم » . مشكل (جـ٢ ق ١٣٠/ب) .

وجهٍ : لا نَظَرَ إلى جنون منقطع ، بل هو كالغشية ، (١ بل تجب ١) جزية كاملة . وفي وجهٍ : أنه لا يُنْظر إلى عقلٍ منقطع ؛ فلا جزيةَ عليه أصلًا . والوجهانِ الأخيرانِ ضعيفان . وإن وقع مثلُ هذا في الأَسْر ، فالصحيحُ أنه يُنْظَر إلى وقت الأَسْر (٢) .

القيد الثالث : الصغير (٣) ، فلا يؤخذ منه جزيةٌ ، بل هو تابع أبيه . ثم إذا (٤) بلغ عاقلًا ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لاحاجة إلى الاستئناف ، بل يَلزمه مثلُ ما التزم أبوه ، وكأنه عَقَد لنفسه ولولدِه بعد البلوغ . والثاني : أنه يَسْتأنف لنفسه (٥) .

فلو بلغ سفيها والتزم زيادةً : نفذ (٦) ؛ لأنه يحقن به دَمَه ، كما لو كان عليه قصاصٌ فَصَالَح على أكثر من الدية ، فليس للوليِّ المنْعُ ؛ لأن حَقْنَ الدمِ أهمُّ من المال . ولو عقد له [الولي] (٧) بزيادة : لم يكن للسفيه المنع ؛ كما يشتري له الطعامَ في

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فتجب » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا أُسِرَ المذكور : (فالصحيح أنه ينظر إلى وقت الأسر) غير الصحيح هو قولُ من غلَّب الإفاقة ، فإنه يقول : لا يُرَقّ وإن كان وقتَ الأسر مجنونًا . وأمّا القتلُ ، فالظاهر امتناعُه . ومن غلّب الجنونَ يقول : يُرَقّ وإن كان وقتَ الأسرِ مُفِيقًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٠/ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « البلوغ » . (٤) في (أ) ، (ب) : « ثم إن » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله في ولد الذمي : (لو بلغ سفيهًا ، والتزم زيادة : نفذ ؛ لأنه يحقن به دَمه ، كما لو كان عليه قصاصٌ ، فَصَالَح على أكثر من الدية ، فليس للوليِّ المنْعُ ؛ لأن حقن الدم أهمُّ من المال . ولوعقد الوليُّ له بزيادةٍ لم يكن للسفيه المنْعُ ؛ كما يشتري له الطعامَ في المخمصةَ قهرًا لصيانةِ روحه) هذا إنما يَستقيم فيما إذا كانت الذمةُ لاتُعْقد له إلا ببذْله ، فيصحّ بذل ذلك من السفيه ، ويصح بذلُه مِنْ وليّه إذا امتنعَ السفيهُ ، وإن كان أمرُ دمِه لايدخل تحت الحجر ؛ لأنه إذا ساءَ تصرُّفُه فيه دخل تحت الحجر ، وكانت صيانةُ الوليّ لدمِه أولى من صيانةِ مالِه ، ولذلك جاز له أن يشتري له طعامًا في المخمصة بجميع ماله إذا لم يَجِدْه بدون ذلك . أما إذا أمكن حَقْنُ دمِه بدون تلك الزيادة فلا يتجه إلا ماذكره غَيْرُه من أنه لا يصح بذلك الزيادةُ لا في عقد الذمة ، ولا في الصلح عن القصاص ، لا من السفيه ولا من وليِّه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٠/ب ، ١٣١/أ) .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح عند العراقيين وغيرهم كما في الروضة (١٠/٣٠٠) .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

المخمصة قهرًا لصيانة روحه (١) .

وإن قلنا : لا يستأنف : فإن كان الأبُ قد التزم زيادةً : لزمه بعد البلوغ ، وكان امتناعه كامتناع أبيه من الزيادة .

القيد الرابع : الحرية . فالعبد تابعٌ ؛ فلا جزية عليه ، وكذا مَنْ نصفُه حرٌّ ونصفُه رقيقٌ .

القيد الخامس : الذكورة . فلا جِزْيةَ على المرأة ؛ إذ لا تتعرض للقتل ، بل هي تابعةٌ ، وللرجل أن يستتبع - بدينار واحد - جَمْعًا من النساء : الأقارب والزوجات ، ولا يُشْترط المحرمية . أما الأصهار والأحماءُ (٢) ، فمنهم مَنْ ألحقهنَّ بالأجانب ، ومنهم مَنْ ألحقهنَّ بالأقارب والصبيانِ (٣) . والمجانينُ الأقاربُ أيضًا يجوزُ استتباعُهم .

هذا فيه إذا شَرَطَ في العقد ، فإن أطلق لم يتبع الأقارب والأصهار . أما أولاده الصغار فوجهان . وفي زوجاته طريقان :

أحدهما : أنهن كالأولاد .

والثاني : أنهن (٤) كالأقارب .

---

(١) والمذهب أنه لا يصح عقد السفيه والوليّ بالزيادة . انظر الروضة (٣٠١/١٠) .

(٢) قال ابن الصلاح « : قال : (وأما الأصْهارُ غير الأحماء) وكذا ذكر ذلك شيخُه ها هنا ، وسَبَقَ من شيخِه في كتاب « الوصية » أن الأصْهار والأحماء بمعنى واحدٍ ، وأنهم أبو الزوجة وأمُّها ، وحكى عن الأصحاب تردُّدًا في أجدادها وجداتِها ، وهذا يجيء على ما قاله الشيخُ أبو الفرح السرخسي هناك من أن لفظ « الأصهار » يشمل الأَخْتَان والأحماء ، فيكون المرادُ بالأصهار إذا ذُكِرُوا مع الأحماء الأَخْتانَ . ثم قد عُرِفَ أنّ الأَخْتَانَ أزواجُ البنات ، وفي أزواج الأخواتِ و الحوافد وجهان مذكوران في « النهاية » ثم يكون - في مسألتنا - المرادُ بالأصهار أمهاتِ أزواج البنات ، أو أمهاتهم وأخواتهم على جهةِ التوسُّعِ والاستعارة ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٣١/أ) .

قلت : في النسخ الثلاثة « وأما الأصهار والأحماء » وليس كما ذكر ابن الصلاح (رحمه الله) ، فلعله كذلك في نسخ أخرى .

(٣) وهذا هو الأصح كما في الروضة (٣٠٣/١٠) .

(٤) كلمة : « أنهن » ليست في (أ) .

والأصحُّ : أن الزوجة والولد مما يَقْتضيه الإطلاقُ ؛ فلا حاجةَ إلى الشرط / . ٢٦٧/ب

ثم إذا دخل صَبيٌّ أو امرأةٌ دارَنا من غير أمانٍ وتبعيةٍ : أَوْقَفْنَاهُمَا ، وكذلك المجنون والحربيُّ يتخير [فيه] [1] بين القتل و الإرقاق .

فرع : إذا حاصرنا قلعةً - وليس فيها إلا النسوانُ - فإن فتحناها جرى الرقُّ عليهنَّ بمجرد الظفر . وإنْ بَذَلْنَ الجزيةَ لدفعِ الرقِّ : فالصحيحُ أنَّه لا يجب القبولُ ؛ إذْ لو جاز لها دَفْعُ الرقِّ بالجزية - كما يجوزُ للرجلِ دَفْعُ القتل - لَمَا كانت تابعةً في الجزية ، (٢ بل صار أصلًا ٢) كالرجل ، ولكان - إذا دخلتْ دارنا - لم يَجُزْ إرقاقُها إن بذلتِ الجزيةَ ، وهو بعيد .

والثاني : أنه يجب القبول ، وإنما التبعيةُ إذا كان معها رجلٌ قريبٌ ، أو زوج ، وإنما لا تستقلُّ إذا وقعت في الأسر ؛ لأنها رَقّت بمجرد الأسر .

أما إذا كان فيهنَّ رجلٌ واحد وبَذَلَ الجزيةَ ، كان عصمةً لجميع النسوان إن كن من أهله ، وإنْ كنَّ أجانَب فلا . وقد أطلق الأصحاب عصمةَ الجميعِ ، ولعلّ هذا مرادهم .

القيد السادس : المتأهِّب للقتال . واحترزنا به عن الزَّمْنَى وأربابِ الصوامع ومن ذكرنا خلافًا في قتلهم ، فمنهم من قال : إذا مَنَعْنا قَتْلَهم ، فهم كالنسوان ؛ فلا جزيةَ عليهم . ومنهم مَنْ قطع بأخذ الجزية للجنسية ، وهو الأصحُّ .

القيد السّابع : القدرة . واحترزنا به عن الكافر الفقير الذي ليس بكسوب ، ففيه ثلاثةُ أقوال :

أحدهما : أنه يُخْرج من الدار ولا يُقَرَّر مجانًا .

والثاني : أنه يقرر مجانًا ؛ لأنه معذور .

والثالث : أنه يقرر بجزية تستقرُّ في ذمته إلى أن يقدر .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بل كانت أصلًا » .

الركن الرابع : في البقاع التي يُقرر بها الكافر [١] . ويجوز تقريرهم بكل بقعةٍ إلا الحجاز ، فقد قال ﷺ : « لو عِشْتُ لأخْرَجْتُ [٢] اليهودَ والنصارى [٣] من جزيرة العرب » [٤] ، ثم لم يَعِشْ ﷺ ، ولم يتفرغْ له أبو بكر (رضي الله عنه) فأجلاهم عمر (رضي الله عنه) وهم زُهَاء [٥] أربعين ألفًا .

ونعني بجزيرة العرب : مكةَ والمدينةَ واليمامةَ ومخاليفَها [٦] والطائفَ [٧] ووَجّ [٨] ، وما يُنْسب إليها منسوبٌ إلى مكة ، وفي بعض الكتب : التهامة ، ولعله تصحيف « اليمامة » . و « خَيْبَرُ » من مخاليف المدينة .

---

(١) كلمة : « الكافر » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لأُخْرِجَنّ » .

(٣) كلمة : « النصارى » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « الحديث الذي ذكره في إخراجهم من جزيرة العرب : صحيح ، ولفظه في روايتنا له في السنن الكبير « لئن عشتُ لأُخرِجَنَّ اليهودَ والنصارى من جزيرة العرب » . ورويناه من حديث مسلم « لأُخرِجَنَّ » من غير ذِكْرِ شَرْطِ العيش ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣١/ب) .

قلت : الحديث رواه مسلم في صحيحه (١٣٨٨/٣) (٣٢) كتاب « الجهاد والسير » (٢١) باب « إخراج اليهود والنصارى من جزيرة العرب » حديث (١٧٦٧) بإسناده عن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لأُخْرِجَنّ اليهودَ والنصارى من جزيرة العرب ، حتى لا أَدع إلا مسلمًا » . ورواه أحمد في مسنده (٢٩/١) حديث (٢٠١) كلاهما من طرق عن ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر عن عمر مرفوعًا .

(٥) أي : قرابة ، أو نحو .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (ومخاليفها) قال الإمام أبو منصور الأزهري الهروي : المخاليفُ لأهل اليمن كالرساتيق لنا ، واحِدُها « مخلاف » وهي قُرًى مجتمعةٌ يَجْمَعُها اسمُ المخلاف ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ق ١٣١/ب) .

(٧) في الأصل : « وطائف » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٨) قال ابن الصلاح : « (وَجّ) بغير ألفٍ ولامٍ : وَادٍ عند الطائف ، وماذُكِرَ من تصحيف اليمامة بالتهامة قد ذَكَره أيضًا شيخُه ، وهو غلط موشح بعجمةٍ ، فإنّ « التهامة » لا يدخلها الأَلِفُ واللامُ ، و« اليمامة » يدخلها الألفُ واللام ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣١/ب) .

وقال العراقيون : جزيرةُ العرب تمتدُّ إلى أطراف العراق من جانب ، وإلى أطراف الشام من جانب . وعلى هذا تلتحق اليمنُ بالجزيرة ، فتحصلنا فيه على خلاف (١) .

هذا في المخاليف والبلادِ، أما الطرق المعترضة بينهما، فهل يُمْنَعون من الإقامة بها ؟، فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن المرادَ المنْعُ من الاختلاط بالعرب ؛ حرمةً لهم .

والثاني : أنهم يُمْنعون ؛ لأنّ الحُرْمَة للبقعة (٢) .

ثم لا خلاف أنهم لا يُمْنعون من الاجتياز (٣ لسفارة أو تجارة ، ولكن بشرط أنْ لا يقيمون ٣) في موضعٍ أكثَرَ من ثلاثة أيام ، ولا يُحْسَب يومُ الدخول والخروج إلا في مكة

---

(١) قال ابن الصلاح : « وفيما ذكره ذهابٌ منه إلى أن الحجاز وجزيرة العرب واحدٌ ، وقد ذكره شيخُه وغَيْرُه من المراوزة ، وليس بشيء . والصحيحُ المعروف الشائع بين العلماء أن الحجاز غير جزيرة العرب ، وأن الحجاز بعضُ جزيرةِ العرب ، فالحجازُ عبارةٌ عن مكة والمدينة واليمامة ومخاليفها ، نصَّ عليه الشافعيُّ (رضي الله عنه) ومن لانحصيه من أصحابه .

وسُمِّيَ « حجازًا » فيما ذكره صاحب « الشامل » وغَيْرُه - لأنه حَجَزَ بين تهامة ونَجْدٍ ، وقاله الأصمعيُّ وأما جزيرة العرب فاليمن منها ؛ روينا من سنن أبي داود عن سعيد بن عبد العزيز قال : جزيرةُ العرب ما بين الوادي إلى أقصى اليمن إلى تخوم العراق إلى البحر ، قلت : الوادي هو وادي القرى . وروينا في السنن الكبير عن أبي عبيد عن الأصمعي قال : جزيرةُ العرب من أقصى عدن إلى ريف العراق في الطول ، وأما العرضُ فمن جدة وما والاها من ساحل البحر إلى أطرار الشام . قلت : أطرار الشام مدائن الأطرارين ، وهي الأطراف ، وفيها أقوال أُخر متقاربة . وسُمِّيَتْ جزيرةُ العرب « جزيرةً » لإحاطة بحر الحبشة وبحر فارس ودجلة والفرات بها .

إذا ثَبَتَ هذا ، فالمرادُ بجزيرة العرب - في الأحاديث الواردة في إخراج أهل الذمة منها - بعضُ الجزيرة وهو الحجاز ؛ بدلالة أنهم لم يُخْرِجوا أهلَ الذمة من اليمن . وروينا في السنن الكبير عن أبي عبيدة بن الجراح (رضي الله عنه) قال : آخرُ ما تكلَّم به رسولُ الله ﷺ قال : « أَخْرِجُوا يهودَ الحجاز وأهل نجران من جزيرة العرب » وهذا فيه إشعار بالخصوص الذي ذكرناه ، وكأنّ هذا الإطلاق في تلك الأحاديث هو الذي غَرَّ من قال : الحجاز و الجزيرةُ واحد ، وقد أطلتُ في هذا الفصل بعضَ الإطالة ؛ لإشكالِه على الفقيه المجرد ، ولأن كلام إمام الحرمين فيه اختلّ ولم يُشنِد على جاري عادته ، والله سبحانه المسئول أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣١/ب ، ١٣٢/أ) .

(٢) وهذ هو الأصح كما في الروضة (٣٠٨/١٠) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لسفارة وتجارة لكن بشرط أن لا يقيموا » .

فإنه يُمْنَع ولا يمكَّن الكافرُ من دخولها مجتازًا ، ولا برسالة ، بل يَخْرج إليه مَنْ يستمع الرسالة ؛ لقوله تعالي : ﴿ فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا ۚ ﴾ (١) . ولا يجري هذا التغليظُ في المدينة .

فرع : لو دخل مكة ، ومرض ، وخِيفَ – من نَقْله – الموتُ فلا يُبالى ويُنْقَل . ولو دفن نُبِشَ قبْرُه وأُخرِج عظامُه ؛ تطهيراً للحرم . وإن مات على طرف الحجاز وأمكن نَقْلُه : نُقِل قبل الدفن . وإن دُفِنَ ، ففي نَبْشِ قبره وجهان .

ولومرض في الحجاز لم ينقل إن خيف موته . فإن كان يَشُقُّ النَّقْلُ ولا يُخَاف الموتُ ، ففي وجوب نَقْلِه وجهان . فإن مات في غير مكة ودُفِنَ وعَظُمَتِ المشقةُ في نقله : تركناه ولم نرفع نعش قبره .

* * *

(١) من الآية (٢٨) من سورة (التوبة) .

الركن الخامس

في قدر الجزية الواجبة

والواجباتُ عليهم خمسةٌ :

الأول : نفس الجزية . وأقلُّها دينارٌ (١) في السنة على كل محتلم كما سبق ، أو اثني عشر درهماً نُقْرةً ، ويُخَيَّر الإمامُ بينهما (٢) ، والتخييرُ مُسْتَندُه قضاء عمر (رضي الله عنه) وإلا فلم يَرِدْ في الخبر إلا الدينارُ ، وشبب بعضُ الأصحاب بأن النُّقْرة نُقَومها بالذهب كما في نصاب السرقة .

ثم إن لم يبذلوا إلا دينارًا وَجَبَ القبولُ . (٣ وللإمام أن يماكس في الزيادة ٣) . فإن بذل زيادةً ، ثم علم أن الزيادة لم تكن واجبةً ، لم ينفعه ، وكان كمن اشترى بالغبن . نعم لو نبذ إلينا العهدَ ، ثم رجع وطلب العقد بدينار : وجبت الإجابةُ .

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « على الفقير دينارٌ ، وعلى الغنيّ أربعةٌ ، وعلى المتوسط ديناران » . وعندنا لا فرق (٤) .

---

(١) والدينار يساوي : ٤,٢٤ جم ذهبًا . انظر معجم لغة الفقهاء ص (٤٤٩) .

(٢) قال ابن الصلاح : « ذكر أقلَّ الجزية ذكرًا غير مَرْضِيّ . والصحيحُ - نَقْلًا ودليلًا - خلافُ ما اختاره ، وهو أن أقلّها الدينار . والدراهمُ تؤخذ عوضًا عن الدينار بحسب قيمته على اختلاف سعره كما في نصاب السرقة ؛ عملًا بالأحاديث الثابتة . قلت : وما جاء عن عمر محمولٌ على أنه عدل الدينار باثني عشر درهمًا على جهة التقويم ، لا أنه جعلها أصلا ، كما في حديث معاذ أن النبي ﷺ أمَرَه أنْ يأخذ من كل حالمٍ دينارًا أو عدلَه مَعَافر . ويدل على هذا أنَّا روينا عن عمر (رضي الله عنه) بإسناد ثابت أنه قابل الدينار بعشرة دراهم ، ورويناه عنه أيضًا بإسناد ثابتٍ أنه قابله باثني عشر درهما . ووجه ذلك ما ذكرناه من التقويم بحسب اختلاف السعر ، وقد قال إمامُ الحرمين شيخُه : رأيتُ في كلام الأصحاب ما يدلُّ على أن الأصل في الجزية : الدينارُ كما في نصاب السرقة ، فَعَدَل المؤلِّف عن هذا إلى قوله : (وشبب بعضُ الأصحاب) فلم يُصِبْ ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٣٢/أ وما بعدها) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وللإمام أن يماكس للزيادة » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أن أقل الجزية دينار في السنة على كل محتلم أو اثنا عشر درهما . انظر : الأم (١٧٩/٤) . مختصر المزني ص (٢٧٧) . روضة الطالبين (٣١١/١٠) . حلية العلماء (٦٩٧/٧) . رحمة الأمة ص (٣٠٤) . =

ولو أسلم - أو مات - بعد مُضِيّ السنة : اسْتُوفِيَ عندنا . ولو تكرر سنون لم تتداخل (١) ، خلافًا لابي حنيفة (رحمه الله) في المسألتين (٢) ولو كان (٣) عليه ديونٌ ومات ، قُدِّمَت الجزية على وصاياه وديونِه (٤) ، ومنهم من قال : بل الجزيةُ من حقوق

= ومذهب أبي حنيفة : أنها تختلف بحسب حال من تؤخذ منه ، غِنًى وفقرًا ، فيوخذ من الغني ثمانية وأربعون درهمًا ، أو أربعة دنانير ، ومن المتوسط أربعة وعشرون درهمًا ، أو ديناران . ومن الفقير اثنا عشر درهمًا أو دينار . وهذا مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٩٤) . المبسوط (٧٨/١٠) . الهداية (٤٥٢/٢) . فتح القدير (٤٥/٦) . الدر المختار (١٩٦/٤) . ملتقى الأبحر (٣٧١/١) . المقنع (٩٤) . الشرح الكبير مع المغني (١٠/ ٦٠١) . كشاف القناع (١٢١/٣) . الإنصاف (٢٢٧/٤) .

ومذهب المالكية : أنها تؤخذ أربعون درهمًا أو أربعة دنانير ، ويستوي في ذلك الغنيُّ والفقير . انظر : الكافي (٢١٧) . القوانين الفقهية (١٦١) . التاج والإكليل (٣٨٢/٣) بهامش مواهب الجليل .

(١) يعنى تؤخذ منه جزيةُ كلِّ سنةٍ ولا يُسامح بما مَضَى من السنين .

(٢) إذا أسلم الذمى سقطت عنه الجزية عند الأئمة الثلاثة : أبي حنيفة ومالك وأحمد ، خلافًا للشافعي (رحمه الله) . وإذا مات بعد مضيِّ السنة أُخذت من تركته على مذهب مالك والشافعي وأحمد خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) . وإذا اجتمع عليه جزية سنين لم تتداخل على مذهب الشافعي وأحمد خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) . انظر تفصيل هذه المسائل في المصادر والمراجع الآتية :

في مذهب الحنفية : تحفة الفقهاء (٣٠٨/٣) . مختصر الطحاوي ص (٢٩٤) . المبسوط (٨٠/١٠) . الهداية (٤٥٤/٢) فتح القدير (٥٢/٦ ، ٥٥) . الدر المختار (٢٠٠/٤) . مجمع الأنهر (٦٧٢/١ ، ٦٧٣) .

في مذهب المالكية : الكافي ص (٢١٧) . القوانين الفقهية ص (١٦١) . مواهب الجليل (٣٨٢/٣) . التاج والإكليل (٣٨٢/٣) بهامش مواهب الجليل .

في مذهب الشافعية : مختصر المزني ص (٢٧٧) . الوجيز (٢٠٠/٢) . روضة الطالبين (١٠/ ٣١٢) . حلية العلماء (٧٠٢/٧) .

في مذهب الحنابلة : الشرح الكبير مع المغني (٦٠٤/١٠ ، ٦٠٦) . المبدع شرح المقنع (٤١٢/٣) . كشاف القناع (١٢٢/٣) . دليل الطالب ص (١٢٨) . الإنصاف (٢٢٨/٤) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ولو كانت » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولو كان عليه ديونٌ ومات ، قُدِّمت الجزيةُ على وصاياه وديونِه) ثم ذكر طريقة البحر على الأقوال المذكورة في الزكاة ودين الآدمي ، وهي الصحيحة التي لم يَذْكر غيرَها الفوراني وصاحبُ =

الله ؛ فَتُقَدَّم على حق الآدمي في قول ، وتؤخر في قول ، وتستوي في قول .

فرع : لو ماتَ / في أثناء السنة ، ففي وجوب قسطه قولان : ٢٦٨/أ

أحدهما : أنه لا يجب إلا لتمام السنة (١) كالزكاة .

والثاني : أنه يجب كالأجرة (٢) .

ويُشير هذا إلى تردُّدٍ في أنها هل تجب بأول السنة ، لكن تستقر بتمامها ، أو تجب شيئًا شيئًا (٣) ؟ . وبَنَوْا على هذا ، أن الإمامَ لو طلب شيئًا في أثناء السنة ، هل يجوز

= « التهذيب » وغَيْرُهما . وذكر شيخُه معها طريقةً ثانيةً ، وهي التسوية بين الجزية وديونِ الآدميين ؛ لكونِ مصرفها للآدميين ، وليست من القرب وأما الطريقة التي ذكرها المصنف ومفادُها القطعُ بتقديم الجزية على حقوقِ الآدميين ، فهي غَيْرُ معروفةٍ ، ولا متجهة ولا مقبولةٌ ، وقد كان يُمْكن أن يقرأ قولُه : (وديونُه) بالرفع ليكون معناه : قُدِّمت الجزيةُ وديونُه على وصاياه ، فيكون ذلك عبارةً عن طريقة التسوية التي ذكرها شيخه ، لكن الظاهر أنه لم يَقُلْ إلا (وديونِه) بالجرِّ ، بدلالةِ قولِه فيها في « الوجيز » : (وتُقَدَّم الجزيةُ في تركته على وصاياه وعلى ديونِه) وقد قال بعضُ مَنْ شرح الوجيز : لعلّه من باب سَبْقِ القلم ؛ إذ لم يَقْطع أحدٌ من الأصحاب بتقديم الجزية على الديون قولًا واحدًا . قال الشارح : الوجْهُ الجزمُ بأن ذلك لا يُعَدُّ من المذهب ، ومن قال معتذرًا له : عَدَمُ الوجدانِ لا يدلّ على عدمِ الموجودِ ، قلنا له : بل هو ذاك مع الاستقرار ، على ما عُرِفَ . ثم إن الشذوذَ في النقل يُوجِب ردَّه على ما أوضحناه في كتابنا في « معرفة علوم الحديث » والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٢/ب ، ١٣٣/أ) .

قلت : وفي الروضة (٣١٣/١٠) أن الجزية تقدم على الوصايا ، وأما الديون فَيُسَوّى بينها وبين الجزية ، وهذا هو المذهب والمنصوص .

(١) في (أ) ، (ب) : « بتمام السنة » .

(٢) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة (٣١٢/١٠) .

(٣) وقال ابن الصلاح : « قوله في قسط بعض السنة إذا مات الذميُّ في أثنائها : (والثاني تجب كالأجرة ، وهذا يُشير إلى ترددٍ في أنها تجب بأول السنة لكن تستقر بتمامها أو تجب شيئًا فشيئًا) هذا يُوهِم كَوْنَ الترددِ مأخذ القولين ، وليس كذلك ، وإنما هذا التردد ترددٌ في مأخذ القول الثاني وأن الجزيةَ كالأجرة في الإجارة أو كالجعل في الجعالة ؟ وإنما مأخذُ القولِ الأول أنها لا تجب إلا بتمام السنة كالزكاة ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٣٣/أ) .

مع استمرار الحياة ؟ . والظاهر المنْعُ ؛ لأنه على خلاف سِيَر الأولين .

الواجب الثاني : الضيافة . وقد وظف عمر (رضي اللّه عنه) الضيافةَ لمن يطرقهم (١) من أبناء السبيل ، فاتفقوا على جواز ذلك بشرط أنْ نبين لكل واحد عَدَدَ الضيفان ، وقدْرَ الطعام ، والأدم ، وجنسه ، وعلف الدابة ، ومنازل الضيفان . وَلْيُفَاوِتْ (٢) بين الغنيّ والفقير في عدد الضيفان ، لا في جنس الطعام ؛ كي لا يُؤَدّي إلى التزاحم على الغنيّ (٣) . ويُبَيِّنُ مدةَ إقامة الضيف من يوم إلى ثلاثة أيام ، فقد وَرَدَ أنّ الضيافة ثلاثة أيام ، فما زَادَ صدقةٌ (٤) . ويقال : الإجازةُ يومٌ وليلةٌ ، أعني ما يُعْطى الضيفُ ليتزود في الطريق إذا رحل (٥) .

ثم هذا محسوبٌ لهم من نفس الدينار ؛ إذْ كان عمر (رضي الله عنه) لايطالبهم بالجزية مع الضيافة (٦) . ومنهم مَنْ أَبى ذلك ؛ لأن الإطعام ليس بتمليك ، وهو كالتغدية في الكفّارة .

---

(١) في (ب) : « لمن يَمُرُّ بهم » . (٢) في (ب) : « والتفاوتُ » .

(٣) قال ابن الصلاح : « ذَكَر أنّ التفاوت بين الغني والفقير ، يعني المعتمد يكون في عدد الضيفان ، وقد قطع صاحب « المهذب » بأنه لا ضيافةَ على الفقير أصلا ، وهذا أحسنُ الطريقين والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٣٣/أ) .

(٤) يشير بهذا إلى ما صحّ عن النبي ﷺ أنه قال : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ، فليكرِمْ ضيفَه جائزته يوم وليلة ، والضيافةُ ثلاثةُ أيامٍ ، فما بعد ذلك فهو صدقةٌ ، ولا يَحِلُّ له أنْ يَثْوِيَ عنده حتى يحرجه » .

والحديث رواه البخاري (٥٤٨/١٠) (٧٨) كتاب « الأدب » (٨٥) باب « إكرام الضيف ، وخدمته إياه بنفسه » برقم (٦١٣٥) . ورواه مسلم في صحيحه (١٣٥٢/٣) (٣١) كتاب « اللقطة » (٣) باب « الضيافة ونحوها » حديث الباب (٤٨) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (ويقال : الإجازة يوم وليلة) كان ينبغي أن يقول : (ويُرْوى : الإجازة يوم وليلة) فإنه ثابت في الصحيحين من حديث أبي شريح العدوي عن رسول الله ﷺ أن جائزة الضيف يوم وليلة ، والضيافة ثلاثة أيام .

والإجازة : مصدر من « أجازه ، يجيزه » إذا أعطاه الجائزة ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٣٣/ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : « ثم قال - رحمه الله - : (ثم هذا محسوبٌ لهم من نفس الدينار ؛ إذ كان عمر لا يُطالبهم بالجزية مع الضيافة) وذكر شيخُه أيضًا نَحْوَ هذا ، والصحيحُ أنها زائدةٌ على الدينار ، ومن المصنفين من لم يذكر غيره ، وما ذكراه عن عمر غَيْرُ صحيحٍ ، بل صَحَّ من رواية الشافعيّ وغيرِه عن مالك بإسناده عن عمر أنه ضَرَبَ =

فإن قلنا : إنه من الجزية ، فما نَقَصَ من الدينار يجب أن يكمل ، ولو أراد نَقْلَهم عن الضيافة إلى الدنانير (١) بعد ضَرْبِه - بغير رضاهم - ففيه وجهان ، وكأنه تردّد في أنَّ ضَرْبَه هل ينعقد لازمًا ؟ .

والصحيح أنه إن قلنا : إنه من الدينار ، فيجوز الإبدال . وإن قلنا : إنه أصل ، فلا بد من رضاهم في الإبدال .

ثم إذا أبدلت (٢) فقد كانت الضيافة لجميع الطارقين ، فهل يُصرف البدل إلى جميع المصالح أم يختص بأهل الفيء ؟ ، فيه وجهان . والظاهر أنه لأهل الفيء ؛ لأن ذلك احتمل في الضيافة ؛ لِعُسْرِ الضبط (٣) .

الواجب الثالث : الإهانة والتصغير عند الأخذ ؛ لقوله تعالى : ﴿ حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ ﴿٢٩﴾ ﴾ (٤) . قيل : معناه أن يُطأطِىء الذميُّ رأسَه ويَصُبّ ما معه في كفِّ المُسْتَوْفِي ، فيأخذ المستوفي بلحيته ويَضْرِب في لَهَازِمه (٥) .

= الجزيةَ على أهل الذهب أربعة دنانير ، وعلى أهل الورق أربعين درهما ، ومع ذلك ضيافةَ ثلاثةِ أيام ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٣/ب) .

(١) في (أ) ، (ب) : « الدينار » . (٢) في (أ) ، (ب) : « أبدل » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (لأن ذلك احتمل في الضيافة لعسر الضبط) معناه : أنَّ عدم التخصيص بأهل الفيء احتمل في الضيافة لِعُسْرِ ضَبْطِ الطارقين ، وليس ذلك بدلها من الدنانير ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٣٣/ب) .

(٤) من الآية (٢٩) من سورة (التوبة) .

(٥) قال ابن الصلاح : « ما ذكره في تفسير « الصغار » هو عند صاحب التهذيب وغيره : خلاف الأصحّ ، وهو أيضًا خلاف نص الشافعي (رضي الله عنه) فإنه نص على أن الصغار ، هو جريان أحكام الإسلام عليهم .

وقوله : (ويَضْرِب في لهازمه) واحدها « لِهْزِمة » بكسر اللام والزاي . وللإنسان لهزمتان ، فعبَّر عنهما بلفظ الجَمْع ، وذلك جائز وَوَرَدَ الحديثُ في أنها الشدق ، وقيل : هما العَظْمان الناتئان في اللحيين تحت الأذنين ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٣/ب) .

وقال النووى (رحمه الله) : « هذه الهيئة المذكورة - يعني في تفسير الصغار - لا نعلم لها على هذا الوجه أصلًا معتمدًا . وإنما ذكرها طائفة من أصحابنا الخراسانيين . وقال جمهور الأصحاب : تؤخذ الجزية برفق ، كأخذ =

وهذا مستحبٌّ أو مستحقٌّ ؟ فيه وجهان .

فإن قلنا : إنه مستحق لم يَجُزْ له توكيلُ المسلمِ في التَّوْفية ، ولم يَصِحّ ضمانُ المسلم للجزية ؛ فإنه يجب قبولُها إذا أسلم وتسقط الإهانة .

ولكن الصحيح أنه (١) مستحبٌّ ؛ إذْ يجوز إسقاطُها بتضعيف الصدقة كما فعل عمر (رضي الله عنه) فإنَّ جماعةً من نصارى العرب أَنِفُوا من اسم الجزية والصغار ، فقالوا : نحن عربٌ ؛ فَخُذْ منّا ما يأخذ بعضُكم مِنْ بعض - يعني الزكاة - فقال عمر (رضى الله عنه) : إنها طُهْرَةٌ ولَسْتُم من أهلها . فقالوا : خُذْ بذلك الاسم وزِدْ ما شئتَ ، فضعَّفَ عليهم الصدقةَ وحَطَّ اسْمَ الجزية والإهانة .

ولاشك في أن المأخوذ جزيةٌ حتي لا تؤخذ من النساء والصبيان .

ولابد أن يفي بقدر الجزية إذا وُزِّعَ على رءوس البالغين (٢) . وله أن يأخذ ثلاثة أمثال الصدقة . وله أن يأخذ نصْفَ الصدقة إن وَفَّى بالجزية ، ولكن لا يَتْرك الإهانة إلا لغرضٍ ظاهر .

= الديون ، فالصواب : الجزم بأن هذه الهيئة باطلةٌ مردودةٌ على مَنِ اخترعها ، ولم يُنْقَل أن النبي ﷺ ولا أحدٌ من الخلفاء الراشدين فعل شيئًا منها مع أخذهم الجزية ، وقد قال الرافعي (رحمه الله) في أول كتاب « الجزية » : الأصح عند الأصحاب : تفسيرُ الصغار بالتزام أحكام الإسلام وجريانها عليهم ، وقالوا : أشدُّ الصغار على المرء أن يُحْكم عليه بما لا يَعْتقده ويضطر إلى احتماله » . روضة الطالبين (١٠/٣١٥ ، ٣١٦) .

(١) يعني التصغير والإهانة .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في تضعيف الصدقة عليهم : (ولا بد أن يَفِيَ بقدْرِ الجزية إذا وُزِّعَ على رءوس البالغين) هذا مفروض فيما إذا لم يكن لبعضهم مالٌ زَكَوِيّ ، وكأنه عن جميع مَنْ وَجَبت عليه الجزية منهم ، وبهذا التصوير [لعلها : التقدير] يَستقيم قولُه : (والفقراء هل يدخلون في الحساب ؟ يخرج على القولين في الفقير) يعني إن قلنا : تجب على الفقير الجزيةُ أُدخل في الحساب لكونها مبذولةً - والحالةُ هذه - عن كل مَنْ تجب عليه الجزيةُ منهم ، والفقيرُ - على هذا القول - منهم ، وإلا فلا ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٣٣/ب وما بعدها) .

قلت : في النسخ الثلاثة : « يخرج على القولين في العقد » وليس « في الفقير » كما قال ابن الصلاح (رحمه الله) وكلاهما صحيح في المعنى والتقدير .

فإن كثروا ولم يمكن عَدُّهم لتبيينِ الوفاء ، ففى جواز أخْذِه بغالب الظن وجهان [١] . والفقراء هل يدخلون في الحساب ؟ يخرج على القولين في العقد . وهل يجوز ذلك مع غير العرب ؟ فيه وجهان ، والظاهرُ جوازُه للمصلحة .

ثم صيغة العقد أن يقول الإمام : « ضعَّفْتُ عليكم الصدقة » فيلزمه الوفاء ، فيأخذ من خمسٍ من الإبل شاتين ، ومن عشرٍ أربعَ شِيَاهٍ ، ومن خمس وعشرين بنتي مخاض ، ولا يضعف المال فيجعله كالخمسين ، ويأخذ حقَّه ، بل نُضَعِّف الصدقة . ونأخذ الخمسَ مما سَقَتْه السماءُ ، والعُشْرَ مما سُقِيَ بداليةٍ [٢] ، ومن عشرين دينارًا : دينارًا . واختلفوا في مسألتين :

إحداهما : أنه هل يحط لهم الوَقْصُ [٣] ؟ فيه ثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : أنه يحط كالصدقة .

والثاني : لا ؛ لأن ذلك تخفيفٌ عن المسلمين .

والثالث : أنه يأخذ إن لم يؤدِّ إلى التجزئة ، فيأخذ من سبعة ونصف من الإبل ثلاثَ شياهٍ . وقد حُكي عن الشافعي (رضي الله عنه) أنه قال : يأخذ من عشرين شاة : شاةً ، ومن مائة درهمٍ : خمسة دراهم [٤] .

---

(١) وأصح الوجهين أنه لا يؤخذ بغالب الظنّ ، بل يُشترط تحقُّقُ أخْذِ دينارٍ عن كل رأس . انظر الروضة (٣١٧/١٠) .

(٢) آلة يُستقى بها الماءُ للزرع .

(٣) الوقص : بفتح الواو ، وسكون القاف وفتحها أيضًا ، والأشهر على ألسنة الفقهاء الإسكان ، والمشهورُ في كتب اللغة الفَتْحُ . وهو مصدر « وقص » وهو النقص ، والمقصودُ به هنا ما يقع بين فريضتي الزكاة ، ومثالُه أنّ في خَمْسٍ من الإبل شاةً ، وفي العشر شاتين ، فما زاد عن خمس من الإبل ، وكان أقلَّ من عشرٍ ، فهو وقْص . وهو مثل : الشَّنَق . وقال الأصمعي : الشنق يختصُّ بأوقاص الإبل ، والوقص : يختص بالبقر والغنم . وقد يُطْلق الوقْص على ما لم يَبْلُغ ما تجب الزكاةُ فيه ، وهذا نص الشافعي في « البويطي » بحروفه - كما قال النووي - فاستعملوه فيما لا زكاةَ فيه وإنْ كان دون أول النصاب ، كالأربعة من الإبل . وقال الشافعي في مختصر المزني : الوقس : ما لم يبلغ الفريضة ، وهو هكذا بالسين المهملة ، كما يقول النووى (رحمه الله) .انظر : مختار الصحاح ص (٧٣٢) . تهذيب الأسماء واللغات (١٩٣/٢/٣ وما بعدها) . معجم لغة الفقهاء ص (٥٠٨) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وقد حكي عن الشافعي (رضي الله عنه) أنه يأخذ من عشرين شاة : شاةً ، هذا =

الثانية : لو ملك ستًا وثلاثين من الإبل ، وليس في ماله بنتُ لَبُونٍ [(١)] ، فيأخذ بِنْتَي مَخَاض [(٢)] وجبرانين ، لكل جبران واحد شاتين ، أو عشرين درهمًا . ولا يضعّف الجبران / ثانيًا . ومن قال بذلك فقد غلط ، وكذلك إذا أخرج حقتين ، فعلى الإمام ٢٦٨/ب الجبران .

الواجب الرابع : العُشْرُ من البضاعة التي مع تُجَّارِهم إذا ترددوا في بلادنا . والنظر فيمن يُعَشَّر مالُه ، وفي قَدْرِ المأخوذ .

أما من يُؤخذ منه ، فهو كلُّ حربيٍّ يَتْجُرُ في بلادنا ، ضرب عمر (رضي الله عنه) عليهم العشر . أما الذمي فلا شيء عليه إذا اتَّجَرَ ، ولا على الحربي إذا دخل لسفارةٍ أو سماع كلام الله تعالى .

أما لو تردد في الحجاز - لا للتجارة - ففي أَخْذِ شيء منه خلافٌ ، فقيل : إنه لا يمكن تعشير ماله .

ولابد من تعظيم الحجاز فيؤخذ دينارٌ ، وهو أقل الجزية . والذميُّ إذا اتَّجَر في الحجاز ، أُخِذَ منه نِصْفُ العشر ، كذلك فعل عمر (رضي الله عنه) .

ثم هذا إذا جرى الشرطُ وقبلوا ، فإن دخلوا بأمانٍ من غير شرطٍ ، فأَصَحُّ الوجهين أنَّه لا شَيْءَ عليهم . والثاني : أن قضاء عمر (رضي الله عنه) بذلك قضاءٌ على مَنْ سيَكون منهم إلى يوم القيامة ؛ فيُتبع .

أما المقدار ، فلا مزيد على العشر . وقيل : للإمام أن يزيد إن رأى . وأما النقصان فجائزٌ إلى نصف العشر ، وذلك في الميرة [(٣)] وكلٍّ ما يحتاج المسلمون إلى كثرة

= منسوب إلى رواية البويطي . وفيه قول آخر منسوب إلى رواية الربيع : أنه لا شيء فيها . حكاهما الفوراني والقاضي حسين ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٤/أ) .

(١) بنت لبون : هي التي أتمت سنتين من الإبل ودخلت في الثالثة . انظر معجم لغة الفقهاء ص (١١٠) .

(٢) بنت مخاض : هي التي أتمت سنة من الإبل ودخلت في الثانية . انظر المصدر السابق نفس الصفحة .

(٣) الميرة : الطعام . انظر مختار الصحاح ص (٦٤٠) مادة (م ي ر) .

المكاسب فيه ، كذلك فعل عمر (رضي الله عنه) . ولو رأى رَفْعَ هذه الضريبة أصلًا ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لا بُدَّ من قبول شيء .

والثاني : أنَّ هذا الجنس يتبع [فيه] (١) المصلحة ؛ إذْ عُمَرُ (رضي الله عنه) فعل ذلك برأيه واستصوابِه ، وقد يتغيَّرُ الصوابُ (٢) .

ثم إذا أَخَذ العشرَ مرةً ، فلا يأخذه ثانيًا في تلك السنة ، بل يُعْطَى جوازًا حتى لا يطالبه عشّارٌ أصلًا (٣) ، إلا إذا جوزنا الزيادة ، فعند ذلك يجوز أَخْذُه في دفعات .

أما إذا جرى ترديدُ مال واحد إلى الحجاز في سنة واحدة ، فهل يكرر العشر لتعظيم الحجاز ؟ فيه خلاف . وهذا إذا خرج من الحجاز وعاد ، وما دام يتردد فيه فلا ، (٤ ولو بذل اللسان – عند المشارطة – بزيادة ، فالظاهر أنه لا يلزم ٤) ؛ إذ ليس ذلك عقدًا أصليًّا بخلاف عقد الجزية .

الواجب الخامس : الخراج . وذلك قد يكون أجرةً ؛ فلا يسقط بالإسلام ، كما إذا ملكنا أراضيهم ، ثم رَدَدْناها إليهم بخراجٍ كما فعلَه عمر (رضي الله عنه) . وهذا واجبٌ وراءَ الجزية .

أما إذا صالحناهم على عقارهم بخراجٍ يؤدونه ، فَمِلْكُهم مُطَّرِدٌ ، والمأخوذُ في حكم جزيةٍ (٥) .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) والأصح جواز رفع هذه الضريبة إذا رأى الإمام في ذلك مصلحةً . انظر الروضة (٣١٩/١٠) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (ويُعْطَى جوازًا) أي : رقعة يَجُوز بها ولا يُعَوَّق ، والله أعلم » . المشكل (جـ ٢ ق ١٣٤/أ) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ولو بذل باللسان – عند المشارطة – زيادة ، فالظاهر أنه لا تلزمه » .

(٥) يعني فتُصْرف مَصْرِفَ الفيء .

ومن أسلم سقط الخراجُ عنه في المستقبل خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [1] .

* * *

(١) **مذهب الشافعية** : أن من أسلم سقط عنه ما ضُرِب عليه وإن كان على الأرض باسم الخراج . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : الروضة (١٠/٣٢١) . حلية العلماء (٧/٧٣٠) . الكافي ص (٢٢٠) . مواهب الجليل (٣/٣٨٣) . المقنع ص (٩١) . المبدع (٣/٣٧٩) . الشرح الكبير مع المغني (١٠/٥٤٣) . كشاف القناع (٣/٩٦) . الإنصاف (٤/:١٩٢) .

ومذهب أبي حنيفة : أن من أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله ولا يسقط عنه بإسلامه . انظر : مختصر الطحاوي (٢٩٥) . الكتاب مع اللباب (٤/١٤٢) . المبسوط (١٠/٧٩) . الهداية (٢/٤٥٠) . فتح القدير (٦/٣٣) . مجمع الأنهر (١/٢٦٢) .

النظر الثاني
في أحْكَام عَقْدِ الذّمّة

وهو يقتضي [١] وجوبًا علينا وعليهم ، أمّا ما علينا فيرجع إلى أمرين : الكفّ عنهم ، وذَبّ الكفارِ دونهم .

أما الكفُّ : فمعناه : أنَّا لانتعرض لأنفسِهم ومالِهم ، ونَعْصِمُهم بالضمان ، ولا نُريق خمورَهم ، ولا نُتْلِف خنازيرهم ما داموا يُخْفُونه [٢] ، ولا نمنعهم من التردُّدِ إلى كنائسهم القديمة . ولو أظهروا الخمورَ أرقْنَاها . ومن دخل دارهم وأراقها فقد تعدَّى ولا ضمان عندنا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) . ولوغصبها ، وَجَبَ مئونةُ الردِّ ، وفيه وجه : أنه لا يجب إلا التَّخْلية . ولو باع خمرًا من مسلم ، أُريقَ على المسلم ولا ثَمَنَ للذميّ ، والظاهرُ أنه يجب رَدُّ الخمرِ المحترمة على المسلم إذا غصب .

أما الذبُّ عنهم ، فمعناه : دفع الكفار عنهم ما داموا في دارنا ، وهو ذَبٌّ عن الدار ، ولو دخلوا دار الحرب فلا مَطْمَعَ للذّبِّ . ولو انفردوا ببلدةٍ غيرِ متصلة ببلاد الإسلام ، ففي وجوب ذَبِّ أهل الحربِ عنهم وجهان :

أحدهما : أنه لايجب ؛ إذْ لم نلتزم إلا الكفّ [٣] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وهى تقتضي » .　　(٢) في (أ) ، (ب) : « يخفونها » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله في الذب عن أهل الذمة : (لو انفردوا ببلدة غير متصلة ببلاد الإسلام ، ففي وجوب ذب أهل الحرب عنهم وجهان : أحدهما : لا ؛ إذ لم نلتزم إلا الكفّ) كان ينبغي أن يقول : (ببلدة غير مَحْفوفة ببلاد الإسلام ؛ لأنهم فرضوها فيما إذا كانت مُتَاخِمة لديار الإسلام . وقوله : (لم نلتزم إلا الكفّ) يعني به بأنَّ مطلق عقد الذمة ، لا يقتضي ذَبَّنا عنهم كما لا يقتضي ذَبَّهم عنا إذا هجم علينا عدوّ . وأما الذبُّ عنهم فيما إذا كانوا في ديار الإسلام فواقعٌ ضمنًا ؛ لما يَلْزمنا من حماية دار الإسلام عن العدو . وهذا الوجه – وإن وجهناه – فالصحيحُ خلافُه ، وأنه يلزمنا الذبُّ مقصودًا عنهم ، سواءٌ كانوا معنا في بلد ، أو منفردين عنا في بلد ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٤/أ) .

والثاني : أنه يجب ؛ إذ [1] بذلوا الجزية لنسلك بهم مَسْلَكَ أهل الإسلام . [2] فعلي هذا ، لو شرطنا أن لا نذب عنهم لم يلزمنا . ومنهم من ألغى هذا الشرط [2] .

وعلى الأول ، لو شرطنا الذبَّ ، لَزِمَنَا ، ومنهم من ألغى ذلك الشرط .

وكذلك لو [3] ترافعوا إلينا ، هل يجب الحكمُ بينهم ؟ ، فيه خلافٌ ، ويرجع حاصِلُه إلى دفع أذى بعضِهم عن بعض [4] .

أما الواجب عليهم ، فهو الوفاء بالجزية ، والانقياد للأحكام ، والكفّ عن الفواحش، وعن بناءِ الكنائس ، ومطاولةِ المسلمين بالبنيان ، والتجملِ بترك الغيار ، وركوب الخيول [5] ، وسلوكِ جادة الطرق ، هذه مجامِعُها :

الأول : حكم الكنائس ، وتفصيلُه أن للبلاد ثلاثةَ أحوالٍ :

الأولى : بلدةٌ بناها المسلمون ؛ فلا يكون فيها كنيسةٌ . وإذا دخلوا وقَبلوا الجزية ، مُنِعُوا من إحداثِ الكنائس قَطْعًا . وفي معناها بلدةٌ ملك المسلمون / عليهم رقبتها قهرًا ، ٢٦٩/أ
فإنه ينقض كنائسهم لامحالةَ . ولو أراد الإمام أن ينزل [6] منهم طائفةً بجزيةٍ ويترك لهم كنيسة قديمةً ، قطع المراوزةُ بالمنْعِ ، وذكر العراقيون وجهًا في جوازه . أما الإحداث [7] ، فلا خلاف في المنْعِ .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « إن » .

(٢) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وكذلك إذا ترافعوا إلينا ، هل يجب الحكم بينهم ؟ فيه خلافٌ يرجع حاصله إلى دفع أذى بعضهم عن بعض) معناه أنه حصل من ذلك أن فى اقتضاء مطلق عقد الذمة ذَبَّ بعضِهم عن بعض : خلافًا ، وليس هذا على إطلاقه ، فإنه خلافٌ في أنه يجب علينا دَفْعُ أذى بعضهم عن بعض فيما إذا رأينا ذميًّا يَغْصب مالَ ذميٍّ ، فعلينا أن نَذُبَّه عنه ، كما نَذُبُّ عنه المسلمَ في مثل ذلك ، فإنّ الذميّ في قبضتنا كالمسلم ، فذلك من قبيل الواجب علينا من ذَبِّ أنفسنا عنهم بخلاف أهل الحرب ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٣٤/ب) .

(٥) في (ب) : « الخيل » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « يترك » .

(٧) يعني إحداث كنائس جديدة .

الثانية : بلدةٌ فتحناها صُلْحًا على أن تكون رقبةُ الأبنية للمسلمين ، وهم يسكنونها [(١)] بخراجٍ يبذلونه سوى الجزية . فإن استثنى في الصلح البِيَعَ والكنائسَ ، لم تُنْقَض ، وإن أَطلق فوجهان :

أحدهما : أنها تنقض ؛ لأنها ملكُ المسلمين ، فلهم التصرُّفُ في ملكهم [(٢)] .

والثاني : لا ؛ وفاءً بشرط التقرير ، فإنه يمنع عليهم القرار من غير متعبَد جامع .

الثالثة : أن تُفْتح على أن تكون الرقابُ لهم ويُضْرب عليهم خراجٌ ، فهذه بلدتهم ، وليس عليهم نَقْضُ الكنائسِ . ولو أَحْدثوا كنائسَ فالمذهبُ أنهم لا يُمْنعون . وقيل : يمنع ؛ لأنها على الجملة تحت حكم الإسلام .

ولا خلاف أنهم لا يُمْنَعون من ضَرْبِ الناقوس وإظهارِ الخمور وإن كان المسلمون يدخلون على الجملة ؛ لأنها كعُقْر دراهم [(٣)] ، ولا نتعرض لما يَجْري في دُورِهم .

فرع : حيث قضينا بإبقاء كنيسة قديمة والمنعِ من الإحداث ، فلا نمنعهم من العمارة إذا استرمت [(٤)] ، والأصحُّ أنا لا نُكَلِّفهم إخفاءَ العمارة . وقيل : يجب الإخفاء حتى لو زال الجدارُ الخارجُ ، فلاوجْهَ إلا بناء جدارٍ داخلَ الكنيسة .

نعم ، لو انهدمت الكنيسةُ ، ففي إعادتها وجهان ؛ من حيث إنَّ هذا كالإحداث من وجه ، وإن قلنا : لهم الإعادةُ ، ففي جوازِ زيادةٍ في الخطة وجهان ، أصحُّهما المنع ؛ لأن هذا إحداثٌ .

---

(١) في الأصل : « وهم يسكنوها » . والمثبت من (أ) ، (ب) وهو الجاري على قواعد اللغة .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (٣٢٣/١٠) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (لأنها كعقر دراهم) : عقر الدار ، بعين مضمومة مهملة ، بعدها قاف ساكنة ، أصلُها المكانُ الذي ينزله أهلها منها ، ومنهم من فتح العين . وصحف في بعض النسخ «قعر دورهم » ، واسم الدار يطلق على المحلة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٤/ب) .

قلت : هو في النسخ الثلاثة التي عندي « قعر دروهم » وأثبتُّ في الأصل ما قاله ابن الصلاح (رحمه الله) .

(٤) أي تشعثت ، فجاز لهم أن يرمُّوها ، أي يُصْلحوها .

وأما النواقيس ، (١ فإنا نمنعهم في كنائسهم أن يَظْهر صوته ١) ، فهو كإظهار الخمر . وقيل : لا يُمْنع ؛ فإنّه تابعٌ للكنيسة .

الواجب الثاني : ترك مطاولة البنيان ، فلو بنى دارًا أرفَعَ من دار جاره : مُنِعَ ، ولو كان مثله فوجهان (٢) . ولو لم يكن بجنبه إلا حجرة ضعيفة (٣) منخفضة (٤ فعليه أن لا يعلوها بنيانُه ٤) . ولو كان في طرف (٥) بلدٍ حيث لا جارَ (٦) ، أو كانت لهم محلةٌ : فلا معنى للمطاولة ؛ فلا حَجْر (٧) . وقيل : إنهم على الجملة يُمْنَعون من رفعٍ فيه تجمُّلٌ .

وهذا كله في البناء . فلو اشترى دارًا مرتفعة لم يُنْقض بناؤها . وهذا المنعُ ، مستحبٌ أو حَتْمٌ ؟ ، فيه وجهان (٨) .

الواجب الثالث : يُمْنعون من التجمُّل بركوب الخيل ، ولا يُمْنعون من الحمار النفيس ، وليكن (٩) رِكَابُهم من الخشب . وقال الشيخ أبو محمد : لا يُمْنع من الفرس الخسيس كالقتبيات (١٠) ، ويُمْنع من البغال الغرّ (١١) .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فإنا نمنعهم في كنائسهم من إظهار ضَرْبها » .

(٢) والأصح أنه يمنع من المساواة . انظر الروضة (١٠/٣٢٥) .

(٣) في الأصل : « ضعيف » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فعليه أن لا يَعْلو بنيانُه » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « أطراف » .

(٦) أي حيث لاجار هناك موجود .

(٧) أي فلا حجر عليه في إطالة البنيان .

(٨) في الروضة (١٠/٣٢٥) أن هذا المنع واجب .

(٩) في الأصل « وليكون » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(١٠) قال ابن الصلاح : « ذكر أنه لا يمنع الذمي من ركوب الفرس الخسيس (كالقتبيات) هذه لفظة تستعملها العجم ، وعَنى بها التي تحمل عليها على الأكف ، جمع « إكاف » وكأنهم استعاروا قتب الجمل في إكاف الفرس ونحوه والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٥/أ) .

(١١) البغال الغرّ : هي البغال النفيسة ، وغُرّةُ الشيء خيارُه . قاله ابن الصلاح في المشكل .

الواجب الرابع : لابد من الغيار [١] ، ولونُ الصفرة باليهود أليقُ ، والكُهبةُ [٢] بالنصارى ، والسوادُ بالمجوس . والمقصودُ أن يتميَّزوا حتي لا نسَلِّم عليهم . ويُضْطَّرون إلى أَضيق الطرق ، ويُمنْعون من سَرَارة الجادة [٣] إذا كانت مشغولةً بالمسلمين ، وإن كانت خاليةً فلا مَنْعَ . ويُخْرَج الكافرُ من الحمام إذا لم يكن عليهم [٤] غيارٌ [٥] ، لأنه ربما [٦] ينجس الماء من حيث لانعرف .

والمرأةُ ، هل يَلْزمها الغيارُ في الحمام وخارجه ؟ فيه وجهان [٧] .

ثم أصلُ الغيار وتركُ ركوب الخيل ، حَتْمٌ أو مستحب ؟ فيه وجهان [٨] .

---

(١) يقصد بالغيار التميز في اللباس ، وهو أن يخيطوا على ثيابهم الظاهرة ما يخالف لونُه لونَها ، وتكون الخياطة على الكتف دون الذيل ، ويمكن أن يكون على غير الكتف . انظر الروضة (٣٢٦/١٠) .

(٢) في نسخة أخرى « الدكنة » كذا على هامش الأصل .

وقال ابن الصلاح : « قوله في الغيار : (لون الصفرة باليهود أليق) وهو العسلي الذي ذكره غيره ، (ولون الكهبة بالنصارى) وفي بعض النسخ « الدكنة » . وكلٌّ واحدٍ منهما قد ذكره بعضُ الأصحاب . والأكهب : لونٌ غير خالص مائلٌ إلى الحمرة وسمَّاه بعضُهم ها هنا أيضًا بالعَسَليّ . والأدكن : لون غير خالص مائلٌ إلى السواد . ولم يَذْكرِ « الزّنّار » وهو أخصُّ بالنصاري من الغيار » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٥/أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « سَرَارة الجادة » بسين مهملة مفتوحة وراءين : هي أفضلها ، والله أعلم » . المشكل (جـ ٢ق ١٣٥/أ) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « عليه » وهو أليق سياقًا .

(٥) قال ابن الصلاح : « سمّى المصنف ما يتميزون به في الحمام غيارًا ، وهو خلخال أو خاتم من حديد ونحوه ولا يُسَمى ذلك غيارًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٥/أ) .

(٦) كلمة : « ربما » ليست في (أ) ، (ب) .

(٧) وأصح هذين الوجهين أنها يلزمها الغيار أيضًا . انظر الروضة (٣٢٦/١٠) .

(٨) الموافق لكلام جمهور الشافعية أنه حَتْمٌ . انظر الروضة (٣٢٧/١٠) وقال ابن الصلاح : « ذكر في وجوب الغيار ، والمنعِ من ركوب الخيل وجهين ، وقطع شيخُه – وغيرُه – بوجوب الغيار ، وذلك هو الصحيح ، والله أعلم » . (١٣٥/أ) .

الواجب الخامس : الانقياد للأحكام ، بأن يُذْعِنَ للحدِّ والضمانِ إذا تعلَّقت الخصومةُ بمسلمٍ ، أو زَنَا بمسلمةٍ ، أو سَرَق مالَ مسلمٍ . أما ما لا يتعلَّق بمسلم ولم يعتقدْ تحريمه فلا يحدّ (١) على الصحيح فيه . كالشرب (٢) . وما اعتقد تحريمه وترافعوا إلينا ، وَجَبَ عليهم الانقيادُ (٣) . فإن قيل : فلو خالفوا في شيء من هذه الجملة ، فهل (٤) يُنْتقض عَهْدُهم ؟ قلنا : هذه الأمورُ على ثلاثِ مراتب :

الأولى : وهي أخفها : إظهارُ الخمر ، وضَرْبُ الناقوس ، وتَرْكُ الغيار ، وإظْهارُ معتقدهم في المسيح (عليه السلام) وفي الله تعالى بأنه ثالثُ ثلاثةٍ وما يُضَاهيه مما لا ضَرَرَ على المسلمين فيه : فلا يُنْتقض به العهدُ ، بل نُعَزِّرُهم . ولو شرطَ الإمامُ انتقاضَ العهد بذلك ، قال الأصحاب : يُحْمَل على التخويف شَرْطُه ولا يُنْتقض [به] (٥) .

الرتبة الثانية : وهي أغلظها : القتالُ ، ومَنْعُ الجزية والأحكام ، والمشهورُ أنّ العهد

---

(١) في (أ) ، (ب) : « لم يحد » . (٢) في (أ) ، (ب) : « كشرب الخمر » .

(٣) قال ابن الصلاح : « ذكر أن أهل الذمة إذا رتكبوا محرمًا يعتقدون تحريمه ، ولا تعلُّقَ له بمسلم وترافعوا إلينا : وجب عليهم الانقياد لحكمنا فيه ، فاشْتَرَطَ في ذلك ترافُعَهم إلينا ورضاهم ، وكذلك ذكَرَه في باب « حد الزنا » . وشيخُه حكَى عن العراقيين أنا نحكم عليهم في ذلك بحكمنا وإن لم يترافعوا إلينا ؛ فإذا ثبت عند الحاكم زنا الذميّ ، أقام عليه الحدَّ وإن لم يَرْض بحكمنا ولم يُرْفع إلينا فيه . قال : وهذا الذي ذكره حسنٌ ، ولم أَرَ في طريق المراوزة ما يخالف هذا ، ثم ذَكَرَ هو من نفسه أنه ينبغي أن يُخَرَّجَ ذلك على القولين في وجوبِ الحكم بينهم إذا ترافعوا إلينا ، ثم لم يُفْصح عن ذلك ، وقد ذكر صاحب « التهذيب » أنه يُقَام عليه الحدُّ جَبْرًا إذا قلنا : يَجبُ الحكمُ بينهم . وإن قلنا : لايجب الحكم ؛ فلا يُقيم عليه الحدَّ إلا برضاه ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٣٥/أ ، ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « هل » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

وقال ابن الصلاح : « وقوله في إظهارهم الخمر والناقوس وما يضاهيه : (لو شرط الامامُ انتقاضَ العهد بذلك ، قال الأصحاب : يُحْمل ذلك على التخويف ، ولا يُنْتقض) هذا نَقلَه شيخُه عنهم ، واختار هو أن ذلك تأقيتٌ للذمة بفعلٍ ، وأن ذلك يصحّ في قول ، ثم إذا وُجِدَ ذلك حكمنا بالانتقاض ، ويَفْسَد من أصله في قول ، ويُحْتمل أن يَفْسد الشرطُ وتتأبَّد الذمة . ولم يكن يَنبغي للمؤلف أن يترك نَقْلَ هذا ، فَنَقَلْنَاه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ق ١٣٥/ب) .

يُنْتقض بهذه الثلاث ، وهو ظاهرٌ في القتال .

أما مَنْعُ الجزية ، فلا يبعد أن يُجْعَل كمنع الديون فَتُسْتَوْفَى قهرًا ، ولا يَبْعُد [(١)] من حيث إنه ركنُ الأمان ، [٢] فكأنَّ مَنْعَه إسقاطُ أمانِه [٢] بخلاف سائر الديون . ويحتمل أن يكون مراد الأصحاب منه أن يكون المنعُ بالتغلُّبِ فيؤدي إلى القتال .

وأما مَنْعُ الحكم ، فلا ينبغي أن يَنْقُض إن كان بالهرب ، فإن كان بتمردٍ حَمَلْناه عليه [(٣)] ، وإن أدَّى إلى / القتالِ : انتقضَ عَهْدُه . وعلى الجملة لا يَظْهر انتقاضُ العهد ٢٦٩/ب إلا بالقتال .

الرتبة الثالثة : ما هو محظورٌ ، وفيه على المسلمين ضررٌ [(٤)] ، كالزنا بالمسلمِة والتطلع على عورات المسلمين ، أو افتتان المسلم عن دينه [(٥)] ، ففي [(٦)] هذه الثلاثةِ ثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه يَنْقض العهدَ كالقتال .

والثاني : لا ينقض ، بل يعاقبون عليها كإظهار الخمر .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « ولكن » . وقوله : (لا يبعد) يعني لا يبعد انتقاض العهد بذلك ، أي بمنع الجزية .

(٢) في (أ) : « فكأن منعه أسقط دمه » . وفي (ب) : « فكأن منعه أسقط حقه » .

(٣) يعني حملناه بالقوة على الاستسلام للحكم .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله في المرتبة الثالثة : (وفيه على المسلمين ضرر) يعنى به ضررًا عظيمًا ، والله تعالى أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٥/ب) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (والتطلع على عورات المسلمين) قُصورُ عبارةٍ ، فلا بُدَّ مع التطلعِ من أن يُطْلِعَ العدوَّ على ذلك .

وعوراتُ المسلمين : ما يَضُرّهم ظهورُ العدوِّ عليه : مِنْ ضعفٍ وغيره .

وقوله : (وافتتان المسلم عن دينه) على وزن « افتعال » يقال : افتتنه ، وافتتن هو ، متعد ولازم . ويجوز فيه : إفتان المسلم ، بتاءٍ واحدة على وزن « إفعال » كإخراج ونحوه وإن كان الأصمعي قد أنكره ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ق ١٣٥/ب ، ١٣٦/أ) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « وفي » .

والثالث : [١] أنه إذا جرى [١] شرطُ الانتقاضِ : انْتَقَضَ ، وإلّا فلا [٢] .

وأما قَطْع الطريق ، والقتل الموجِب للقصاص ، فمنهم من قال : هو من هذا القسم . ومنهم مَنْ قطع بإلحاقه بالقتال . وكذلك في تعرُّضِهم لرسول الله ﷺ بالسوء [٣] طريقان ، ومنهم من قال : كالقتال [٤] ، ومنهم من قال : على الأوجه الثلاثة .

أما إذا كان الطعن على وفق اعتقادهم كقولهم : إنه ليس رسول الله [٥] ، والقرآنُ ليس بمنزَّل ، فهذا كقولهم : إن الله ثالث ثلاثة . وإنما الخلاف في السَّبِّ والطعْنِ في النسب ومالايُوَافق عقيدتهم [٦] .

فإن قيل : وماحكمُ انتقاضِ العهد ؟ قلنا : أما في القتال ، فحكمُه الاغتيال ، وأما في الرتبة الثالثة فقولان :

أحدهما : الاغتيال ، وصار العهد كالمعدوم [٧] .

والثاني : أنّا نلحقهم بالمأمن ولااغتيال .

[٨] ولو نَبَذَ الذميُّ عهدَه إلينا من غير جنايةٍ ، فالصحيح أنه يُلْحق بالمأْمَن . وقيل : يُخَرج [٨] على القولين إذا كان يَقْدر على الخروج من غير ....

---

(١) في (أ) ، (ب) : « إنْ جرى ... » .

(٢) قال في الروضة (٣٢٩/١٠) في هذه المسألة : « ففي انتقاض عهدِه طرقٌ . أصحها : أنه إنْ لم يَجْرِ ذِكْرُها في العقد ، لم ينتقض ، وإلا فوجهان ، ويقال : قولان ، أصحهما : لا يُنْتقض قطعًا » .

(٣) في (ب) : « بالسّبّ » .

(٤) في الغاية القصوى (٩٥٩/٢) أنه ينتقض عهده بِسَبِّ النبي ﷺ .

(٥) في (أ) ، (ب) : « برسول الله » .

(٦) وفي هذا النوع ينتقض العهد قطعًا كما في الروضة (٣٣٠/١٠) .

(٧) والأظهر أنّ الإمام يَتخير بين قَتْله ، واسترقاقه ، والمنِّ والفداء ؛ لأنه كافرٌ لا أمانَ له . انظر الروضة (٣٣١/١٠) .

(٨) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

مجاهرةٍ بنبْذِ العهد [٢] .

فإن قيل : فالمسلمُ ، إن [٣] طوَّل لسانَه في الرسول فما حكمُه ؟ ، قلنا : إن كذب عليه عُذّر ، وإن كذّبه فهو مرتدٌ فيُقْتل إلا أنْ يتوب . وكذلك كلُّ تعرُّضٍ فيه استهزاءٌ فهو رِدّة . ولو نسبه إلى الزنا ، فهذا القذف كفرٌ بالاتفاق ، فلو تاب ففيه ثلاثة أوجه :

أحدهما - وهو اختيار الفارسي - أنه يُقتل ؛ إذْ حَدُّ قذفِ الرسول [٤] قَتْلٌ فلا يَسْقط الحدُّ [٥] بالتوبة ، وفي الخبر : « من سَبَّ نبيًّا فاقتلوه ، ومن سَبَّ أصحابه فاجْلدوه » [٦] .

والثاني - وهو اختيار القفال و الأستاذ أبي إسحاق - أنه لاشيء عليه ؛ لأن القتل [٧] صار مغمورًا في الكفر ؛ فيسقط [٨] أثره بالإسلام [٩] .

والثالث [١٠] : وهو الذي ذكره الصيدلاني (رحمه الله) أنه يسقط القتل وتبقى ثمانون جلدةً للحدِّ . وهذا يلزمه أن يُجْلد قبل القتل - إذا لم يَتُبْ - كالمرتد إذا قَذَف . والالتفاتُ إلى هذا القياس الجروي [١١] في مثل هذا المقام ، بعيدٌ .

---

(١) والمذهب أنه يلحق بمأمنه . انظر الروضة (٣٣١/١٠) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لو » . (٣) في (أ) ، (ب) : « رسول الله ﷺ » .

(٤) كلمة : « الحد » ليست في (أ) ، (ب) .

(٥) قال ابن الصلاح : « هذا حديث لا يُعْرف ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٦/أ) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « القذف » وهو أوضح .

(٧) في (أ) ، (ب) : « فسقط » .

(٨) قال ابن الصلاح : « ذكر أن اختيار القفال موافق لاختيار الأستاذ أبي إسحاق الإسفرائيني . وذكر شيخه أن القفال وافق أبا بكر الفارسيّ في قوله المذكور ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٦/أ) .

(٩) في الأصل : « الثالث » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .

(١٠) كلمة غير واضحة في النص .

ثم إن قلنا : ثبت حدُّ القذف ، فلو عفا واحدٌ من بني أعمامه ، ينبغي أن يسقط أو نقول[1] : هم لا ينحصرون ، فهو كقذف ميتٍ لاوارثَ له [2] .

وكذلك في قتل مثله قولان :

أحدهما : أنه لاقصاص ؛ إذْ في المسلمين صبيان ، ولأنه إنْ وَجَب على الإمامِ الاستيفاءُ : ضَاهَى الحدَّ ، وبَطَل خاصيةُ القصاص . وإن جاز له العفْوُ ، فهو بعيد .

والثاني : أنه يجب ؛ إذْ يؤدِّي إلى إبطال عصمة مَنْ لاوارث له ، فينقدح أيضًا القولان في قذف مَنْ لاوارث له .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « ونقول » .

(٢) قال ابن الصلاح : « هذان احتمالان تردَّدَ بينهما ، ففي الأول علق السقوط بعَفْوِ بعض الورثة ، ومفهومُ ذلك أنه إذا لم يَعْفُ أحدٌ منهم لم يَسْقط . وفي الاحتمال الثاني إثبات للسقوط على قول غير مُتَوَقِّف على عَفْوِ أحدٍ .

وقوله : (واحد من بني أعمامه) ينبغي أن يُحْمل على العباسيين والعلويين خاصة ؛ لأنهم هم الذين يَنْتهي إليهم الإرثُ ممن يثبت الإرثُ لمِثله عند موته ﷺ .

ثم إن أصل هذا التوارث مُعْتَرض ؛ لِمَا عُرِفَ من أنه ﷺ لم يُوَرِّث غَيْرَ العلم . وثبت في الصحيحين من حديث عمر وغيره (رضي الله عنهم) أن رسول الله ﷺ قال : « إنّا لا نُورث ، ما تركناه صَدَقةٌ » . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ١٣٦/أ ، ١٣٦/ب) .

العقد الثاني مع الكفار

المهادنة

والنظر في شروطه وأحكامه :

أما الشروط فأربعة :

الأول : أن هذا العقد لايتولّاه إلا الإمامُ ؛ لأنه يرجع حاصلُه إلى صُلح جَمْعٍ من الكفار على تَرْكِ قتالهم والكفّ عنهم من غير مال . نعم ، لآحادِ الولاةِ عَقْدُ ذلك مع أهل القرى والأطرافِ المتعلقة بهم ، فأما مهادنةُ إقليمٍ ، كالهند والروم ، فليس إلا للإمام .

الشرط الثاني : أن يكون للمسلمين إلى ذلك حاجةٌ ، فإن لم تكن حاجةٌ ولا مَضَرَّةٌ ، وطلبوا ذلك : لم يَجِبْ على الإمام الإجابةُ على الصحيح ، بل يتبع الأَصْلحَ . وفيه وجهٌ مخرج : أنه تجب الإجابة . وفي الجزية وجهٌ مخرج من المهادنة : أنه لا تجب الإجابةُ . والوجهان ضعيفان ، (١ والصحيحُ الفَرْقُ ؛ فإنّ عَقْدَ الذمة كَفٌّ بمالٍ وهذه مسامحة ١) .

الشرط الثالث : أن يخلُوَ العقْدُ عن شرط يأباه المسلم (٢) ، كما لو شرط أن يَتْرُك في أيديهم مالَ مسلم ، أو شرط أن يردَّ عليهم أسيرًا مسلمًا أَفْلَتَ منهم ، أو شرط لهم على المسلمين مالًا ، فكلُّ ذلك فاسدٌ مُفْسِد (٣) .

نعم ، لو كان على المسلمين خوفٌ ، جاز التزامُ مالٍ لدفعِ الشرّ ، كما يجوز فداءُ الأسيرِ المسلم إذا عجزنا عن انتزاعه مجانًا .

الشرط الرابع : المدة . وهو يتقدر (٤) بأربعة أشهر إن لم يكن بالمسلمين ضَعْفٌ ، وهو مدةُ السياحة ، قال الله تعالى : ﴿ فَسِيحُواْ فِي ٱلْأَرْضِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ﴾ (٥) .

---

(١) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « يأباه الإسلام » .

(٣) أي مفسد للعقد

(٤) في (أ) ، (ب) : « وهي تتقدر » .

(٥) من الآية (٢) من سورة (التوبة) .

ولا يجوز أن تَبْلُغ سنةً . (١ وهذه المدة للجزية ١) ؛ لأن الكفَّ سنةً إنما جاز بعوض ، أما فيما دون السنة ، وفوقَ أربعةِ أشهر ، فقولان (٢) :

أحدهما : الجواز ؛ للقصور عن مدة الجزية ، وهذا يُسْتمدُّ من / قولنا : إنَّ طَلَبَ قسطٍ من الجزية في بعض السنة ، لا يجوز (٣) . ٢٧٠/أ

والثاني : المنع ؛ للزيادة على مدة التَّسْيير (٤) .

أما إذا كان بالمسلمين ضعفٌ وخوفٌ ، جازت المهادنةُ عَشْرَ سنين ؛ هادن رسولُ الله ﷺ أهلَ مكة عَشْرَ سنين (٥) ، ولا مَزِيدَ عليه . وفيه وجه : أنه تجوز الزيادةُ بالمصلحة .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « والسنة هي مدة الجزية » .

(٢) في الأصل : « قولان » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله في المهادنة فيما فوق أربعة أشهر ، ودون السنة ، قولان : (أحدهما ، الجواز وهذا يُشتمد من قولنا : إن طلب قسط من الجزية في بعض السنة : لا يجوز) كلامه هذا ، يشعر بأن هذا القول مبني على قول من قال : يجوز – مع استمرار حياة الذمي – طلب قسط قبل انتهاء السنة ، وذلك وجه لبعض الأصحاب – ضعيفٌ ، لا يستقيم بناء قول قاله الشافعي عليه . والصواب ما حكاه شيخه من أن قول الشافعي فيما إذا مات الذمي أو أسلم في أثناء السنة : إنه لا يجب قسط من الجزية » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٦/ب) .

(٤) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة (٣٣٥/١٠) .

(٥) الحديث رواه البخاري ومسلم في صحيحيهما مختصرًا من حديث البراء: بن عازب (رضي الله عنه) فرواه البخاري في صحيحه (٣٥٨/٥) (٥٣) كتاب « الصلح » (٧) باب « الصلح مع المشركين » حديث (٢٧٠٠) بإسناده عن البراء بن عازب (رضى الله عنهما) قال: « صالح النبيُّ ﷺ المشركين يوم الحديبية على ثلاثة أشياء: على أن من أتاه من المشركين ردّه إليهم، ومن أتاهم من المسلمين لم يردوه، وعلى أن يَدْخلها مِنْ قابلٍ، ويُقيم بها ثلاثةَ أيامٍ، ولا يدخلها إلا بِجُلُبَّان السلاحِ: السيفِ ، والقوسِ ونحوه ، فجاء أبو جندل يَحْجُل في قيوده ، فردَّه إليهم » .

ورواه مسلم في صحيحه (١٤٠٩/٣) (٣٢) كتاب « الجهاد والسير » (٣٤) باب « صلح الحديبية » حديث (١٧٨٣) كلاهما من طرق عن أبي إسحاق عن البراء به .

قلت : وقد جاء ذكر عشر السنين في سنن أبي داود (٢١٠/٣) حديث (٢٧٦٦) من حديث المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم « أنهم اصطلحوا على وَضْعِ الحرب عَشْرَ سنين يَأْمَنُ فيهنّ الناسُ » .

فرع : لو أطلق الإمامُ المهادنةَ ، ولم يَذْكر المدةَ ، فالصحيحُ أنها فاسدةٌ . وقال الفوراني : (١ في حال القوة وجهان ١) :

أحدهما : أنه (٢) يُنَزَّل على الأقلّ .

والثاني : على الأكثر ، وهو ما يُقَارِب السنةَ (٣) .

وإن كان في حالة الضعف ، فيُنَزَّل على عشر سنين ؛ إذ لايتقدَّر أقلّه ، وسَبَبُه أنَّ مقتضى المطلق التأبيدُ ، فنحذف مايزيد على المدة الشرعية .

ولو صَرَّح بالزيادة على المدة ، فالزيادةُ مردودةٌ ، وفي صحتها في المدة قولا تفريق الصفقة ، وأصحُّهما الصحةُ ؛ إذ ليس فيها عوضٌ تحدد جهالته .

ثم حكم الفاسد أنْ ننذرهم ولانغتالهم . وحكمُ الصحيحِ وجوبُ الكفِّ عنهم إلى انقضاء المدة ، أو إلى جنايةٍ تَصْدُر منهم تناقض العهدَ ؛ فنغتالهم إن علموا أنها جنايةٌ . وإن لم يَعْلموا ، ففي اغتيالهم من غير إنذارٍ وجهان (٤) .

ولو بنينا تطويل المدة على خوفٍ ، لم ترتفع بزوال الخوف ، بل لابد من الوفاء .

ولو استشعر الإمامُ جناية ، فله أن يَنْبِذَ إليهم عَهْدَهم بالتُّهْمَةِ ، وذلك لايجوز في الجزية . نعم ، لا يبتدىء عَقْدَ الجزية مع التهمة (٥) .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « في حالة القوة قولان » .
(٢) كلمة : « أنه » ليست في (أ) ، (ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « ماحكاه عن الفوراني في إطلاق المهادنة من أنه – على قول – يُنَزَّل على الأكثر ، وهو ما يُقَارب سنة : غلطٌ على الفوراني ؛ فإن الأكثر عنده سنةٌ ، وذلك مما غَلط فيه إمامُ الحرمين ، والقولُ بأنَّ الأكثر مما يقارب سنةً ، إنما هو قولُ سائرِ الأصحاب ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٧/أ) .

(٤) قال في الروضة (٣٣٧/١٠) : « ينبغي أن يقال : إذا لم يعلموا أنه خيانة ، لا ينتقض العهد إلا إذا كان المفعول مما لا يشك في مضادته للهدنة ، كالقتال » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (نعم ، لا يبتدىء عقد الجزية مع التهمة) أي : لا ينعقد ابتداءً مع الخوف من جنايتهم وغائلتهم ، كما سبق في أول باب « الجزية » . وفي بعض النسخ (نعم لا يَنْبِذ) من « النبذ » وهو تصحيف ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٧/أ) .

النظر الثاني
في أحكام العقد

وحكمه الوفاءُ بالشرط . والمعتادُ في الشرط أن يقول : صالحناكم على أنّ من جاءكم من المسلمين رددتموه ، ومن جاءنا منكم رددناه [١]. ولا يجوز شرطُ ردِّ المرأة إذا جاءت مسلمةً ، ويجوزُ ردُّ الرجلِ المسلم والمرأةِ الكافرة ، ولما هادن رسول الله ﷺ سُهيل بن عمرو وعيينة بن حصن قال : « مَنْ جاءكم مِنَّا فَسُحْقًا سحقًا ، ومَنْ جاءنا منكم رَدَدْناه » [٢] ، ثم جاء أبو جندل ابن سهيل مُسْلمًا ،فردَّه رسول الله ﷺ على أبيه ، فولَّى باكيًا فقال : « إن الله تعالى يجعل لك مخلصًا » ، فقال عمر (رضى الله عنه) : إنّ دم الكافرِ عند الله كدمِ كلبٍ - كالتعريض له بقتل أبيه - ثم جاء أبو بصير مسلمًا [٣] ، وجاء في طلبه

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (والمعتاد في الشرط أن يقول : صالحناكم على أن من جاءكم من المسلمين رددتموه ، ومن جاءنا منكم رددناه) لا اعتياد فيما ذكره ، ولا هو المشروط في صلح الحديبية ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ق ١٣٧/أ) .

(٢) قال ابن الصلاح: مارواه من حديث مهادنة رسول الله ﷺ بالحديبية ، وقع فيه أغلاطٌ ظاهرةٌ لا تَخْفى على مَنْ له عنايةٌ بالحديث والسننِ ، وشاركَه شيخُه في بعضها :

فمنها : ذِكْرُه عيينةَ بنَ حصنٍ مع سُهيل ، وذلك غلطٌ فَاحِشٌ .

ومنها : ما ذكره من أن رسول الله ﷺ قال لهم في عقد المهادنة : « مَنْ جاءكم مِنَّا فسحقا سحقًا » وإنما قال نَحْوَ هذا بعد عقد الهدنة جوابًا لبعضِ الصحابة رواه مسلم في صحيحه من حديث البراء بن عازب عن النبي ﷺ أنه شرط أنه من أتانا منكم رددناه عليكم ، ومن أتاكم مِنَّا تركناه عليكم ، فقالوا : يا رسول الله ، نعطيهم هذا ؟! قال « : من أتاهم منا فأَبْعَدَه الله ، ومن أتانا منهم فرددناه عليهم جَعَلَ الله (عز وجل) له فرجًا ومخرجًا » . مشكل الوسيط (جـ ٢ق ١٣٧/أ) .

قلت : الحديث الذي ذكره ابن الصلاح رواه مسلم في صحيحه (١٤١١/٣) (٣٢) كتاب « الجهاد » (٣٤) باب « صلح الحديبية » حديث (١٧٨٤) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (ثم جاء أبو بصير مسلمًا) هذا لم يكن في ذلك المقام ، بل بعد رجوعه ﷺ من الحديبية إلى المدينة .

=

رجلان ، فرّده عليهما [فقتل أحدَهما ، وأفْلَتَ الآخرُ] [1] قال (عليه السلام) : مِسْعَرُ حربٍ لو وَجَدَ أعوانًا !! [2] – كالتعريض له بالامتناع [3] . وهذا يدل على أن الرجوعَ غيرُ واجب عليه إذ لم يَجْرِ الشرطُ معه ، وإنما الردُّ يجب علينا ؛ فجازَ تعريفُه بالتعريض دونَ التصريح ، [4] ولأن أبا بصير رجع مع أحد الرجلين [4] ، وقَتَلَ الآخر ، فلم يُنْكر رسولُ الله ﷺ ذلك . ويحتمل أن يقال : للذي أسلم بينهم أنْ يقتلهم إن قدر ؛ إذ لم يَجْرِ الشرطُ معه ، ويدلُّ عليه تعريضُ عمر (رضي الله عنه) . ويحتمل أن يقال : لا يجوز ؛ إذْ شَرْطُ الإسلامِ يتناوله ، وكذلك إذا استقرَّ في دارنا لزمه الكفُّ عنهم . وعلى هذا ، هل يُحْمَل

= وأبو بصير هو بباءٍ موحدة مفتوحة ، ثم صاد مهملة بعدها ياءٌ واسمه عتبة بن أَسيد – بهمزة مفتوحة في اسم أبيه – وأبو جندل : اسمه العاصي ، وغلط جماعة ممن أَلَّفَ في الصحابة (رضي الله عنهم) فقالوا : اسمه عبد الله ، وإنما عبد الله أخوه ، ذكر ذلك أبو عمروبن عبد البر الحافظ ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٣٧/ب) .

قلت : وقد غَيَّرَ أبو جندل اسْمَه « العاصي » لمَّا أسْلَمَ ، كما ذكر الحافظ ابن حجر في الفتح (٤٠٦/٥) .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) الحديث رواه البخاري في صحيحه (٣٨٨/٥) (٥٤) كتاب « الشرط » (١٥) باب « الشروط في الجهاد » حديث (٢٧٣١) ، (٢٧٣٢) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وجاء في طلبه رجلان ، فرده عليهما ، وقال ﷺ : « مِسْعَرُ حربٍ لو وجد أعوانًا » كالتعريض له بالامتناع) هذا غلطٌ ؛ فإنه ﷺ لم يَقُلْ ذلك عند رَدِّه عليهما ، والذي رواه البخاري في صحيحه – وغير البخاري – أن رسول الله ﷺ دفعه إلى الرجلين ، فخرجا به حتى بلغا به ذا الحليفة ، فقَتَل أحدَ الرجلين ، وفَرَّ الآخرُ حتى أتى المدينة ، فدخل المسجد يَعْدو ، فقال رسول الله ﷺ حين رآه : « لقد رأى هذا ذُعْرًا » فلما انتهى إلى النبي ﷺ قال : قُتِلَ – واللهِ – صاحبي ، وإني لمقتولٌ . فجاء أبو بصير فقال : يا نبي الله ، قد أَوْفَى الله ذمتَك ، قد رددتَني إليهم ، ثم أنجاني الله منهم ،فقال النبي ﷺ : « وَيْلُ أُمِّه ، مِسْعرُ حربٍ لو كان له أحدٌ » فلما سمع ذلك ، عَرَفَ أنه سيرُدّه إليهم ، فخرج حتى أتى « سِيفَ البحر» .... وذكر القصة ، وهي طويلة مليحة . وسِيفُ البحر : ساحلُ البحر . وقوله : (مِسْعَر حرب) بكسر الميم وإسكان السين . والمسعر : ما تُحَرِّك به النارُ .

وفيما ذكرناه ما يدلُّ على أن قول صاحب الكتاب : (لأن أبا بصير رَدَّ أحدَ الرجلين ، وقَتَلَ الآخر) ليس بالمرْضِيِّ لفْظُه ، واللّه أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٨/ب وما بعدها) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لأن أبا بصير رَدَّ أحدَ الرجلين » .

تعريضُ عمر (رضى الله عنه) على تصلُّب ؟ ولكن تَرْكُ الإنكارِ من رسول الله ﷺ (١) لا يَتَّقى له وجْهٌ إلا أن يقال : إن الرجوع غيرُ واجبٍ ، فيجوز القتلُ في دَفْعِ مَنْ يكلفه الرجوعَ .

ثم نزل قولُه تعالى : ﴿ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَٰتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ ﴾ (٢) فاختلف في أن النسوة ، هل كُنَّ مندرجاتٍ تحت قوله : « من جاءنا (٣) منكم رَدَدْناه » فوردت الآيةُ ناسخةً ، أو وردت [الآية] (٤) مخصصةً للعمومِ الظاهر .

وعلى هذا ترددوا في أنه (عليه السلام) عرف الخصوصَ فَأَوْهَم العمومَ ، أو ظَنَّه عامًّا حتى تبينَّ له ؟ .

وقد أفادت الآية مَنْعَ ردِّها ووجوبَ صداقها . واختلف قول الشافعي (رضي الله عنه) في علة وجوب الصداق عليه (٥) ، فقال في قولٍ : لايجب ؛ لأنه التزم ردهن ، ثم نسخ (٦) ، فخالف ، فغرم ، وعلى هذا يقتصر الغرم عليه (٧) ولا يلزمنا ؛ فإنا (٨) لا نلتزم رَدَّ المسلمة ، ولو التزمنا فَسَدَ الشرطُ .

وهل تَفْسد المهادنةُ بالشرط الفاسدِ ، أم تُلْغى ؟ فيه ترددٌ كترددنا في الوقف ، أنه هل يفسد بالشرط الفاسد ؟ .

والقول الثاني : أنه وَجَبَ ؛ لأنه أوهم بالعموم ردَّها (٩) . فعلى هذا ، إنْ عَمَّمْنا وأَوْهَمنا، لم نَرُدَّها وغَرِمْنا ، وإن أطلقنا العقد أو صرحنا (١٠) بأنها لا تُرَدُّ ، فلا غُرْم .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قولُه : (ولكنْ ترك الإنكار من رسول الله ﷺ) راجعٌ إلى فِعْل أبي بصير ، لا إلى قول عمر (رضي الله عنه) لأبي جندل ؛ فإنه كانَ سِرًّا بينه وبينه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٨/أ) .

(٢) من الآية (١٠) من سورة (الممتحنة) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « من جاء » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) يعني على النبي ﷺ .

(٦) قوله : « ثم نسخ » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٧) يعني على الإمام .

(٨) في (أ) ، (ب) : « لأنا » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « ذكرها » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « وصرحنا » .

ومنهم من أوجب الغُرْمَ في المهادنة المطلقة وقال : إطلاقُها أيضًا موهوم [١] .

ويتشعَّب عن التفريع على إيجاب الغرمِ : النظرُ في سبب الغرمِ ، ومَصْرفهِ ، وقَدْره .

أما السبب : فهو المنعُ عن الزوج بِعِلَّة / الإسلام . واحترزنا « بالمنع » عما إذا جاءت ٢٧٠/ب
ولم تُطْلَب ؛ إذ لايجب الردُّ ، فلا غرم ، وكذلك كل كافر وكافرة [٢] لا طالبَ له ، ومَنْ له طالبٌ ، فليس علينا الردُّ ، لكنَّا لانمنع مَنْ يَسْترجعه .

وقولُنا : من الزوج احترزنا به عما لو طَلَبها أبوها ، أو أقارِبُها ، فلا نَرُدُّ ولانغرم ؛ لأن الزوجَ هو المستحِقُّ .

وقولُنا : (بعلَّة الإسلام) أردنا به أنها لو ماتت أو قتلت قبل الطلب ، فلا غرم ؛ إذْ لا مَنْعَ . أما إذا [٣] قُتِلَتْ بعد الطلب ، وَجَبَ القصاصُ على القاتل مع الصداق . ويُحْتمل عندي أنْ يُقَال : الغرمُ على بيت المال ؛ لأن المنْعَ حال الطلب واجبٌ شرعًا ، والقتلُ واقعٌ به استحقاق المنعِ ، فلم نُفَوِّتْ ردًّا ممكنًا ، بل ردًّا ممتنعًا شرعًا [٤] .

ولو غَرِمْنَا ، فأسْلَم الزوجُ قبل انقضاء العدة استرددنا ؛ إذِ النكاح يبقى . وإنْ أسْلم بعد انقضاء العدة ، لم نَسْتَرِدّ .

ولو طلقها ، ثم أسلمت (٥ وهي منكوحة رجعية ٥) ، قال الشافعي (رضي الله عنه) : لا نغرم إن لم يراجع ؛ لأن الفراق بالطلاق [٦] . وفيه قول مُخَرَّج – وهو

---

(١) في (أ) ، (ب) : « مُوهِم » . وقال ابن الصلاح : « ما ذَكَره من إطلاق المهادنة في ذلك ، صورتُه أن يعقد المهادنة ، ولا يتعرّض لِرَدِّ ما يأتينا منهم ، بِنَفْي ولا إثباتٍ وقد رجح صاحب الكتاب عدم الغرم في ذلك ، وليس ذلك بالراجح ، بل الأرجح إثبات الغرم ؛ لأن مقتضى عقد الأمان عدم التعرض للمال والأهل . وذكر شيخه أن هذا قول جماهير الأصحاب وقول صاحب « التقريب » وأئمة العراق ، وكل من ينتسب إلى التحقيق ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٨/ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « كافرة وكافر » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أما إن » .

(٤) كلمة « شرعًا » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وهى رجعية منكوحة » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « لأن الفوات بالطلاق » .

الأقيسُ - أنه يَسْتحق الغرم ؛ لأنّ الرجعيةَ منكوحةٌ . وإن لم يراجعها فلا معنى لرجعتِه مع إسلامها .

أما المال، فهو القَدْرُ الذي بَذَلَه الزوجُ ، قال الله تعالى : ﴿ وَءَاتُوهُم مَّآ أَنفَقُوا۟ ﴾ (١) فإن كان قد سلَّم بعضَ الصداق ، لم يستحقَّ إلا ذاك ، وإن لم يُسَلِّم شيئًا ، أو سَلَّم خمرًا - أو خنزيرًا - لم يستحقَّ شيئًا . وإن أخذتْ ، ووهبتْ منه ، فقولان كما في التشطير بالطلاق . ولو أسلمتْ قبل قَبْضِ الصداق وبعد المسيس ، ثم أسلم الزوجُ بعد العدة ، أو قَبِلَ الجزيةَ : فلها مطالبتُه بالمهر لأجل المسيس ؛ إذِ الظاهرُ صحةُ أنكحتِهم (٢) . فإذا غَرِمَ لها ، فهل نغرم له ما غَرِم؟ فيه تردُّدٌ من حيث إنه حيث كان أهلًا للطلب ، لم يكن قد بذل شيئًا .

ثم لا نَقْبل مجردَ قولِه : سَلّمتُ الصداق . فإنْ أقرّتْ ، فلابُدَّ من التصديق ؛ إذْ تَعْسُر إقامةُ الحجةِ .

وأما المغرومُ فيه، فهو البضعُ ، والمالية في الرقيقة (٣) . ولو دخلت كافرة ثم أسلمت ، فالأصحُّ وجوبُ الغرم ؛ كما لو أسلمتْ ثم دخلت . ولو دخلت مسلمة ، ثم ارتدتْ ، فلا نردّها ؛ لعلقة الإسلام . وفي وجوب الغرم وجهان ، إذْ لاقيمةَ لبضعها ، والأصحُّ الوجوبُ . فإن دخلت مجنونة ، لم نردّ ؛ لاحتمالِ أنها أسلمت قبل الجنون ، ولانغرم ؛ لاحتمالِ أنها لم تُسْلِم ، فنأخذ باليقين في الطرفين .

والصبيةُ إذا أسلمتْ وقلنا : يصحُّ إسلامُها : فكالبالغة . وإنْ لم نُصَحِّحْ فلانردّ ؛ لحرمةِ الإسلام ؛ لأنا نَحُول بين الصبيِّ المسلم و [بين] (٤) أبويه . وإن منعناها ، فالصحيحُ الغرمُ . وقيل : إنها كالمجنونة . وقيل : إنها تُردّ ، وهو ضعيف .

---

(١) من الآية (١٠) من سورة (الممتحنة) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا أسلمت قبل الصداق وبعد المسيس ، ثم أسلم الزوج بعد العدة ، فلها مطالبتُه بالمهر لأجل المسيس : (إذ الظاهِرُ صحةُ أنكحتهم) هذا التعليلُ زيادةٌ زادَها ولا وَجه لها ؛ فإنّ ثبوت أصلِ المهر غيْرُ متوقّفٍ على صحة أنكحتهم ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٩/أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « من الرقيقة » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

والرقيقةُ يمتنع ردُّها ، وتجب قيمتُها لسيّدها ، لامابذل من الثمن ؛ لأنّ المالَ تقويمُه سَهْلٌ ، وإنما العدولُ إلى ما أنفق في الصداق بنصِّ القرآن فيما يَعْسُر تقويمه .

ولوجاء غَيْرُ سيّدِها طالبًا ، لم يُلْتفت إليه إلا إذا كانت مُزَوَّجة [(١)] . فإن جاء السيد والزوج معًا ، غَرِمْنا للسيد القيمةَ ، وللزوجِ ما بذل . وإن جاء أحدهما ، فثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه لا يلزم شيءٌ ؛ إذْ ليس لأحدِهما حقُّ الانفراد [(٢)] .

والثاني : يجب أداءُ حقِّه وحدَه [(٣)] .

والثالث : أن السيد مستحقُّ الردِّ ؛ فنغرم له ، والزوجُ وحده لا يستحق الردَّ ، والغرمُ تبع الرد .

وإنْ جاءتنا زوجةُ عبدٍ ، فَحَقُّ البضع للعبد ، والسيدُ هو باذلُ المهرِ ، فلايلزمنا شيءٌ ، إلا إذا حَضَرَا ، فإنْ حضر أحدُهما لم نغرم شيئًا .

وأما العبد ، ففي وجوب ردِّه وجهان ، ووجْهُ المنع : أنه يُسْتضعف ويُهَانُ ؛ إذْلا ناصِرَ له [(٤)] . وفي الحرِّ الذي لاعشيرةَ له وجهان مرتبان ، وأولى بأن يُرَدّ ؛ لظهور العموم في حقه . فإن قلنا : يُرَدّ ، فَلْيشترطْ [(٥)] في أصل المهادنة أَنَّ مَنْ رُدَّ مسلمًا : لايُسْتهان به [(٦)] إن احتملوا ذلك . وإن قلنا : لانردُّ العبدَ فنغرم قيمته .

فرع : إن قلنا [(٧)] في المهادنة : من جاءكم منا فَسُحْقًا سُحْقًا ، فالتحق بهم مرتد ، فسحقًا ،

---

(١) في (ب) : « متزوجة » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (إنه لايجب ؛ إذ ليس لأحدهما حق الانفراد) معناه : ليس لأحدِهما حقُّ الردِّ وحدَه بحكم شرط المهادنة ، بل أثبتته المهادنةُ مشتركًا بينهم ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٩/أ) .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (٣٤٣/١٠) .

(٤) والصحيح أن العبد لا يرد . انظر الروضة (٣٤٥/١٠) .

(٥) قوله : (فليشترط) يعنى الإمام .

(٦) يعني فَلْيَشترط عليهم الإمامُ أَنَّا إذا رَدَدْنا إليهم رجلا حرًا مسلمًا لا عشيرة له ، فلا يُهينوه ، وعليهم أنْ يَكفُّوا أيديَهُمْ عنه .

(٧) في (أ) ، (ب) : « إذا قلنا » .

وإن كانت مرتدة استرددناها [١] ، فإن تعذّر غَرِمْنا لزوجها المسلم ما أنفق ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَإِن فَاتَكُمْ شَيْءٌ مِّنْ أَزْوَٰجِكُمْ إِلَى ٱلْكُفَّارِ فَعَاقَبْتُمْ فَـَٔاتُواْ ٱلَّذِينَ ذَهَبَتْ أَزْوَٰجُهُم مِّثْلَ مَآ أَنفَقُواْ ﴾ [٢] ، وكأنا بالمهادنة أَحَلْنا بينه وبين زوجته المرتدة ؛ إذْ لأجلِ المهادنة والأَمْنِ ، رغبت في الالتحاق بهم .

ثم جميعُ الكفارِ كشخصٍ واحد ، فلو جاءتنا مسلمةٌ سَلَّمنا [٣] مهرها إلى زوج المرتدة إنْ تساويا . وإن زاد مَهْرُ المسلمةِ سلَّمْنا الزيادة / إلى زوجها الكافر وقلنا : واحدةٌ بواحدة ، [٤] وكأنّ ٢٧١/أ
جملتهم كشخصٍ واحد [٤] ، فيُؤاخذ الواحدُ بحكم الجملة ، والله أعلم [٥] .

* * *

---

(١) في (ب) : « استرددنا » . (٢) من الآية (١١) من سورة (الممتحنة) .

وقال ابن الصلاح : « معنى قوله تعالى : ﴿ فعاقبتم ﴾ : فكانت لكم العُقْبى ، فَغَنِمْتُم مَالَهم ، فأَعْطوا المسلمَ الذي ارتدتْ زوجته وذهبت إليهم – مما غنمتم – ما أعطاها من المهر ، وهذا هو الأرجح من أقوال المفسرين . وعلى هذا يكون ذلك عندنا من خمس الخمس ، سهم المصالح .

وقيل : معنى ﴿ فعاقبتم ﴾ : فَقَاصَصْتُم ، أي إذا وجب عليكم مهرُ مسلمةٍ – جاءت منهم – لزوجها الكافر : وَجَبَ عليهم مَهْرُ مرتدةٍ – ذهبت مِنّا إليهم – لزوجها المسلم ؛ فأَعطوا – من سهم المصالح – زوجَ المرتدةِ المسلمَ ، ما عليكم لزوجِ المسلمة الكافرِ على سبيل المقاصة . قال شيخنا الشارح (رضي الله عنه) * : هذا ليس بالظاهر من أقوال المفسرين ، ولا هو ظاهرٌ من معنى الآية ، ولكن قد قاله الشافعي ، ولن يقول ذلك إلا عن أصل ، وقال : يكتب بذلك إلى أصحاب عهود المشركين حتى يُعْطى المشرك ما قَصَصْنا من مهر امرأته ، ليس له غيرُ ذلك .

ثم إن ما ذكره صاحبُ الكتاب في توجيه المذكور من مهر المرتدة ، وتوجيه المذكور من المُقَاصَّة – تكلُّفٌ ؛ فإن هذا ليس من قبيلِ المعهود من غرامات المُتْلَفَات ، وإنما هو صَرْفُ مالٍ من مال المصالح في بعض وجوه المصالح . والمقاصَّةُ المذكورةُ كيفيةٌ في الصَّرْف مناسبةٌ للحال ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٣٩/أ ، ب) .

* هذا من قول الناسخ ، ويعني بالشارحِ الإمامَ ابنَ الصلاح (رحمةُ الله عليه) .

(٣) في (أ) : « سلّمها » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وإنْ كان جملتهم كشحض واحد » .

(٥) قوله : « والله أعلم » ليست في (أ) ، (ب) .

كتاب الصيد والذبائح

والنظر في ..

أسباب الحِلّ ، وأسباب المِلْك ..

النظر الأول
في سببِ حِلّ الذبيح [1]

وأركانُ الذبح أربعةٌ : الذابح ، والذبيح ، والآلة الذابحة ، ونَفْس الذبح .

الأول : الذابح . فكلُّ مسلمٍ أو كتابيٍّ عاقل بالغ ، يَصير [2] أهلًا للذبح بيده ، وبجوارح الصيد ؛ فتحلُّ ذبيحه اليهودِ والنصارى [3] دون المجوس وعبدة الأوثان . أما المتولِّد من كتابي ومجوسي - أو وثني - فقولان [4] :

---

(١) الذبيح : على وزن « فعيل » بمعنى « مفعول » أي: المذبوح .

(٢) قال الحموي : « قوله في أول كتاب الصيد : (الأول : الذابح : فكل مسلم أو كتابي عاقل بالغ بصير) .

قلت : اما كونه مسلمًا كتابيًا أو مجنونًا فظاهر ، وأما كونه بصيرًا فليس بشرط قولًا واحدًا كما لا يخفى ، وأما البالغ فأقول : ذكر قوله : « بالغًا » لايخلو إما أن يجعل ذلك ركنًا في الذابح أوْ لا ، وإن لم يكن ركنًا فلا حاجة إلى ذكره كما لا يخفى ، وإن كان ركنًا وكان اختياره من الخلاف المذكور البطلان انتقض عليه بالصبي المميز فإنه قد اختار فيه الصحةَ ، فعلى هذا لا يكون ركنًا على هذا التقدير ، ولما كان الأمر كذلك لم يكن في ذكر البلوغ فائدةٌ ولا في كون الذابح بصيرًا ؛ فإنه نقل أن ذبحه يصح قولًا واحدًا ولم يذكر خلافًا فيه . دلَّ على ما ذكرناه قولُه بعد هذا : (وأما الأعمي فيصح ذبحه) .

قلت : أمكن أن يجاب عن الأول بأن يقال : ذكر الشيخ في غير المميز حديثًا ، ولعل الشيخ اختار منه أنه لا يصح ذبحُه ، فعلى هذا لا يصح ذبحه ، فعلى هذا يكون ركنًا ، أو نقول : لعل الشيخ ذكر ذلك تمهيدًا لمحل الاتفاق وما ذكره بعده لأجل الاختلاف . هكذا ذكره بعضُ الفقهاء من المتأخرين ، وهو ضعيف كما لا يخفى ، والصحيح هو الأول ما لا يخفى توجيهه .

وأما الجواب عن الإشكال الآخر فأقول : فإنه وإن لم يذكر فيه خلافًا لكنه احترز به عن صيد الأعمى ؛ فإن فيه خلافًا ذكره الشيخ بعده واختار تحريمَ صيده ، وإذا كان كذلك كان ركنًا كما في المجنون ، فكأنه جعل جُرْحَ الصيد كالذبح بالنسبة إليه ويجوز بذلك ، وبه خرج الجواب وهو على حسب الإمكان » . إشكالات الوسيط (ق ١٨١ / ب - ١٨٢ / ب) .

(٣) في (ب) : « والنصراني » .

(٤) قال في الروضة (٧ / ١٤٢) : « إن كانت الأمُّ هي الكتابية ، لم يحلَّ قطعًا وكذا إن كان هو الأب على الأظهر . هذا في صِغَر المتولد منهما فأما إذا بلغ وتديَّن بدينِ الكتابيِّ منهما ، فقال الشافعي (رضي الله عنه) : تحلُّ مناكحته وذبيحتُه . ولو تولَّد من يهودي ومجوسية ، فبلغ واختار التمجُّسَ ، فعَنِ القفالِ : أنه يُمَكَّن منه ويجري عليه حكمُ المجوس » .

أحدهما : تغليب التحريم .

والثاني : النظر إلى جانب الأب

وحِلُّ الذبيحُ يقارب حِلَّ النكاح [١] إلا في الأَمة الكتابية ، إذ تَحِلُّ ذبيحتُها دون مناكحتها .

فرع : لو اشترك مجوسيٌّ ومسلمٌ في ذبيح ، فهو حرام [٢] . وكذا لو أَرسلا إلى الصيد سهمين ، أو كلبين ، فحصل الهلاكُ بهما . ولو سبق أحدُهما وصيَّره إلى حركة المذبوح ، فالحكمُ له . ولو هرب الصيدُ من كلبِ المسلم ، فردَّه عليه كلبُ المجوسيِّ وقتلَه كلبُ المسلمِ ، فهو حلالٌ ، ولا تأثيرَ لإعانته في الردّ . وحيث يحلُّ الصيدُ فالملكُ للمسلم . ولو أثخنه [٣] كلبُ المسلم فأدركَه كلبُ المجوسي – وبه حياةٌ مستقرة – فقتلَه فهو ميتةٌ ، وضمن المجوسيُّ للمسلم ؛ إذْ أفسد ملكَه .

أما قولنا : (عاقل بالغ) احترزنا به [٤] عن المجنون والصبيِّ الذي لا يُميز ، ففي ذبيحتهما قولان [٥] . ووجهُ التحريم انَّ القصد قد انعدم . وأما الصبيُّ المميزُ فتحِلُّ ذبيحتُه . وفيه وجهٌ من حيث إنه إن [٦] اعتبر القصد ، فقد نقول : عمدُ الصبيِّ ليس بعمدٍ .

وأما الأعمى فيصحُّ ذَبحُه [٧] . وفي اصطياده وجهان من حيث إنّ قصدَه لا يتعلَّق بعين الصيدِ وهو لا يراه [٨] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الناكح » .

(٢) وذلك مثل أن يُمِرّا معًا سكينًا على حَلْق شاةٍ ، أو يقطع أحدُهما بعضَ الحلقوم ، والثاني بعضَه .

(٣) أثخنه : أي أَوْهَنَه بالجراحة وأَضْعَفه ، وأوصله إلى حالة الإعياء .

(٤) في (أ) ، (ب) : « احترزنا » بدون « به » .

(٥) والأظهر من القولين أن ذبيحتهما تَحِلُّ . انظر الروضة (٣ / ٢٣٨) . المنهاج ص (١٤٠) .

(٦) كلمة : « إنْ » ليست في (أ) ، (ب) .

(٧) يصح ذبح الأعمى ولكن مع الكراهة . انظر المنهاج ص (١٤٠) .

(٨) والخلاف مخصوصٌ بما إذا أخبره بصيرٌ بالصيد ، فأرسل السهمَ أو الكلبَ . والأصح في صَيْده أنه لا يحل . انظر الروضة (٣ / ٢٣٨) والمنهاج ص (١٤٠) .

الركن الثاني :الذبيح . والحيوان ينقسم إلى : ما يَحْرُم ، فلا أَثَرَ لذبحه . وإلى ما يحل كما سيأتي في الأطعمة . وهذا [١] ينقسم إلى ما تَحِلُّ مَيْتَتُه كالجراد والسمك ، وإلى ما لا يحلُّ .

أما الذي يَحِلُّ [٢] فلا حاجةَ إلى ذَبْحه ، بل لو اقتطع قطعةً من سمكة فهي حلالٌ ؛ لأنّ ما أُبين من حيٍّ فهو ميتٌ . ولو ابتلع سمكةً حيةً فمكروهٌ ؛ للتعذيب ، ولكن الظاهر أنه حلالٌ ، ومنهم من حَرَّم وجعل الموتَ بدلا عن الذبح [٣] .

وأما حيوان البحر ، فتحِلّ جميعُها إلا المستخبثات وما يعيش في البَرّ كالضفدع والسّرطان . وأما ما له نظيرٌ محرَّم في البر . ككلب الماء وخنزيره ، ففيه قولان [٤] :

---

(١) أي وهذا الذي يحل ذبحه . (٢) يعني يحل ميتته .

(٣) قال ابن الصلاح : « الحية من السمك بمنزلة الميتة من سائر الحيوانات ، والله أعلم » . المشكل (ق ١٣٩/ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (فأما ما له نظيرٌ في البرّ محرمٌ ، ككلب الماء وخنزيره ، فقولان) ولم يذكر أنهما [يعني القولين] في حِلِّ أصله أو في حِلّ ميتته ؟! فنقول : هل يحل في نفسه ؟ فيه قولان ؛ فإن قلنا : لا يحل ، فلا كلام . وإن قلنا : يحل ، فهل يُشترط ذبحه أو تحل ميتته ؟ فيه قولان جاريان فيما عدا السمك المعروف من الحيوانات البحرية المحللة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ١٣٩ / ب) .

قال الحموي : « قوله : (وأما حيوان البحر فتحل جميعُها إلا المستخبثات وما لا يعيش في البر كالضفدع والسرطان ، وأما ما له نظير في البر ككلبه وخنزيره ففيه قولان) .

قلت : ما ذكره الشيخ هنا مخالف لمعظم الكتب ؛ فإن المنقول فيه ثلاثةُ أوجه سوى الضفدع ؛ فإنه لا يحل قولًا واحدًا عند العراقيين ، وعند الخراسانيين خلاف ذكره الإمام : أولها : الحل ، والثاني : التحريم ، والثالث : يفرق بين ماله نظير في البر وغيره . وإذا كان كذلك كان مخالفًا لمعظم الكتب ؛ فإنه جعل أكل السرطان قولًا واحدًا حرامًا ، وفيه الخلاف المذكور ، وذكر في كلبه وخنزيره قولين ، وهذا مخالف للمنقول ، ثم وإن سلَّمنا أن ما ذكره نقلٌ فأيُّ فرق بينهما والعكس أولى كما لا يخفى ؟.

قلت : روي في بعض نسخ الكتاب : (وماله نظير في البر) من غير ذكر « أما » الابتدائية ، فعلى هذا لا إشكال وكأنه قال : « والضفدع والسرطان وماله نظير في البر ككلب الماء وخنزيره وفيه قولان » يشير إلى أن الخلاف في الكل سوء الضفدع ، وهو جواب صحيح على هذا التقدير .

ثم أقول : أمكن أن يقال أيضا : فيه خلاف مع وجوده في الماء ، إلا أن فيه بعدًا لكنه يقنع به هاهنا ؛ لكون الإشكال قويًا ، فعلى هذا « الهاء » في قوله : « فيه خلاف » عائدة إلى السرطان أيضًا ، وبه خرج الجواب » . إشكالات الوسيط (ق ١٨٢ / ب ، ١٨٣ / أ) .

أحدهما : الحِلُّ ؛ لقوله عليه السلام : « الحِلُّ مَيْتَتُهُ »[(١)] .

والثاني : لا ؛ لأنه لا يتناولُه اسْمُ السمك .

وللشافعي قولٌ غريب : أنه لا يحل إلا السمك . وهو مرجوع عنه ؛ لأنّ أصحاب رسول الله ﷺ وجدوا حيوانًا عظيمًا يُسَمَّى « العنبر » فأكلوه[(٢)] ، ولم يُنْكِرْ رسولُ الله ﷺ[(٣)] [عليهم][(٤)] .

أما ما لا تحلُّ ميتتُه ، فيتعينَّ ذَبْحُه في الحلق والمريء[(٥)] كما سيأتي إن لم يكن من الصيد . وإن

---

(١) حديث صحيح : رواه أبو داود في سننه (١ / ٦٤) (١) كتاب « الطهارة » (٤١) باب « الوضوء بماء البحر » حديث (٨٣) بإسناده عن أبي هريرة (رضي الله عنه) قال : سأل رجلٌ النبيَّ ﷺ فقال : يا رسول الله إنا نركب البحر ، ونحمل معنا القليل من الماء ، فإن توضأنا به عطشنا ، أفنتوضأ بماء البحر ؟ فقال رسول الله ﷺ : هو الطهور ماؤه ، الحلُّ مَيْتَتُه » .

ورواه الترمذي (١ / ١٠٠) (١) كتاب « الطهارة » (٥٢) باب « ما جاء في ماء البحر أنه طهور » حديث (٦) . وراه النسائي (١ / ٥٠) كتاب « الطهارة » باب « ماء البحر » . وابن ماجه (١ / ١٣٦) (١) كتاب « الطهارة وسننها » (٣٨) باب « الوضوء بماء البحر » حديث (٣٨٦) . ورواه أحمد في مسنده (٢ / ٣٦١) حديث (٨٧٢٠) جميعًا من طرق عن مالك عن صفوان بن سليم عن سعيد بن سلمة عن المغيرة عن أبي هريرة مرفوعًا به . والحديث صححه البخاري وابن عبد البر وغيرهما . انظر التلخيص الحبير (١ / ٢٢) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فأكلوا » .

(٣) الحديث رواه البخاري في صحيحه (٩ / ٥٣٠) كما في الفتح (٧٢) كتاب « الذبائح » (١٢) باب قول الله تعالى : ﴿ أُحِلَّ لكم صَيْدُ البحر ﴾ حديث (٥٤٩٣) . ورواه مسلم (٣ / ١٥٣٥) (٣٤) كتاب « الصيد والذبائح » (٤) باب « إباحة ميتات البحر » حديث (١٩٣٥) . والنسائي (٧ / ٢٠٧) كتاب « الصيد والذبائح » باب « ميتة البحر » جميعًا من طرق عن جابر بن عبد الله به .

وقال ابن الصلاح : « قوله المصنف : (فأكلوه ولم يُنكرْ رسولُ الله ﷺ) ومع هذا فلا يصح استدلالُه به على إحلال غير السمك من الحيوانات النجسة ؛ لأن هذا « العنبر » حوت ؛ إذ في رواية البخاري « فألقى البحر حوتًا مَيِّتًا لم يُرَ مِثْلُه ، يقال له : العنبر ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٠ / أ) .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) قال ابن الصلاح : « كان ينبغي أن يقول : في الحلقوم والمريء ؛ لأن المريء من الحلق ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ١٤٠ / أ) .

كان صيدًا فجميعُ أجزائه مَذْبَحٌ مادام متوحشًا ، فإن أَنِسَ أو ظفر به – وفيه حياةٌ مستقرة – تعيَّنَ الذبحُ .

ولو توحَّشَتْ إنسيةٌ ، ولم يمكن رَدُّها ، فهو كالصيد يُذْبح في كل موضع . وكذا لو تنكَّسَ بعيرٌ في بئر وخِيفَ هلاكُه ؛ فقد قال ﷺ : « لو طعنتَ في خاصرته لَحَلَّتْ لك » (١) .؟ فقال المراوزة : خَصَّصَ الخاصرةَ ليكون الجرحُ مُذَفِّفًا ؛ فلا يجوز جرحٌ آخر وإن كان يُفْضِي إلى الموت (٢) .

---

(١) حديث ضعيف : رواه أبو داود (٣/ ٢٥٠) (١٠) كتاب « الأضاحي » (١٦) باب « ما جاء في ذبيحه المتردية » حديث (٢٨٢٥) مرفوعًا بلفظ : « لو طعنتَ في فَخِذِها لأَجْزَأَ عنك » ورواه الترمذي (٤ / ٦٢) (١٨) كتاب « الأطعمة » (٥) باب « ماجاء في الذكاة في الحلق واللبة » حديث (١٤٨١) . ورواه النسائي (٧/ ٢٢٨) كتاب « الضحايا » باب « ذكر المتردية في البئر التي لا يوصل إلى حلقها » . ورواه ابن ماجه (٢/ ١٠٦٣) (٢٧) كتاب « الذبائح » (٩) باب « ذكاة النَّادِّ من البهائم » حديث (٣١٨٤) . ورواه أحمد في مسنده (٤/ ٣٣٤) حديث (١٨٩٦٧) . جميعًا من طرق عن حماد بن سلمة عن أبي العُشَرَاء عن أبيه مرفوعًا به . والحديث ضعفه الشيخ الألباني في « ضعيف سنن ابن ماجه » ص (٢٥٤) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في البعير المتردي في بئر : (قال النبي ﷺ : « لو طعنت في خاصرتها لحلت لك » فقالت المراوزة : خصص الخاصرة ليكون الجرح مذففا ، فلا يجوز جرح آخر) هذا الذي ذكره من الحديث اختصارٌ من الحديث الذي استدل به في ذلك شيخُه إمامُ الحرمين ، قال : رُوي أن رجلًا يُعْرف بأبي العُشَرَاء تردّى له بعيرٌ في بئر ، فهلك ، فَرُفِعت القصة إلى رسول الله ﷺ فقال لأبي العُشَرَاء : « لو طعنتَ في خاصرتها لحلَّتْ لك » وفيما ذكره أغلاط ثلاثة ، وذلك أن هذا حديث تفرّد به حمادُ بن سلمة عن أبي العشراء عن أبيه ، قال : قلت : يا رسول الله ، أما تكون الذكاةُ إلا في الحلق واللبّة ؟ قال : لو طعنتَ في فخذها ، لأجزأ عنك » أخرجه أبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه في كتبهم المعتمدة .

وأبو العُشَرَاء ، بالضم والمدّ ، على وزن « الشعراء » واسمه : أسامة بن مالك ، وقيل غير ذلك . فوقع فيما ذكره إمام الحرمين الخطأ من وجوه :

أحدها : في جَعْلِه أبا العشراء هو الذي خاطبه النبيُّ ﷺ وإنما هو أبوه ، وأبو العشراء تابعيٌّ .

والثاني : في ذِكْرِه تردّي البعير في متن الحديث ، وليس ذلك من الحديث ، وإنما هو من كلام أهل العلم بالحديث ، قالوا : هذا عند الضرورة في المتردي في البئر وأشباهه .

والثالث : في قوله : « لو طعنت في خاصرتها » وإنما قال : « في فخذها » وذكر الخاصرة وَرَد في أثرٍ رويناه . فلا يثبت – والحالةُ هذه – ما رَامَه المراوزةُ من تخصيص الخاصرة وأشباهها ، فالصحيحُ – إذن – قولُ غيرهم ؛ لقوله ﷺ : « لو طعنت في فخذها » والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٠ / أ وما بعدها) .

ومنهم من قال : تكفي كلُّ جراحةٍ تُفْضي إلى الموت [١].

أما إذا شَرَدَتْ شاةٌ أو بعيرٌ ، فمثل هذا مصيرُه إلى الزوال ، فإن أمكن ردُّه بالاستعانة وَجَبَ ، وإن أفلت وعَسُرَ ذلك في الحال ، فالظاهرُ أنه يصبر إلى القدرة عليه ، ومنهم من قال : ربما يريد ذَبْحَه في الحال ، فله أن يَرْمي كما يرمي الصيد .

ثم لا خلاف [في] [٢] أنه لو كان اتّباعُه يُفْضي به [٣] إلى مَسْبعة أو مَهْلكة ، فهو كالصيد يرمى بسهم . وإن كان يُفْضي إلى موضعِ لصوصٍ وغُصّابٍ ، فوجهان .

* * *

(١) وهذا ما رجحه النوويّ في المنهاج ص (١٤١) .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) قوله : « به » ليس في (أ) .

فروع

الأول : إذا جرحَ الصيدَ بسهمٍ ، ثم أدركه وفيه حياةٌ مستقِرّة ، وَجَب ذَبْحُه في المذبح . فإن صبر حتى مات ، فهو حرام . وعليه أن يَعْدُوَ في طلبه كعادة الصياد . وفيه وجه : أنه يكتفي بمَشْيٍ كمشْيِ الساعي إلى الجمعة . أما الوقوف فلا رخصة فيه .

فلو أدرك وليس معه مُدْيةٌ ، أو تشبث بالغمد [(١)] ، أو سقط منه أو ضاع [(٢)] أو سُرق ، فليس مَعْذورًا في شيء من ذلك . ولو غصبه إنسانٌ فوجهان ، والظاهرُ أنه حرام ، فكأن الشرطَ أن يموت بجراحته قبل أن يُدْركه وهو غَيْرُ مُقصِّر [(٣)] .

ولو ابتدر وقَطع بعضَ الحلقوم فمات ، فهو حلالٌ ؛ لعدمِ التقصير . وذَبْحُ الثعلبِ في أُذنه لأجل الجلدِ حرامٌ ، ولا يُفيد الحِلَّ [(٤)] .

٢٧١/ب **الثاني** : لو قدَّ صيدًا نصفين ، فالنصفان حلالٌ . ولو أبان عضوًا والجراحةُ / مَذَفِّفةٌ حل العضو أيضًا . فإن لم تكن مذففة ، وذبح الحيوان في المذبح – أو جرح جرحًا مذففًا – فالعضوُ حرامٌ ؛ لأن ما أُبِينَ من حيٍّ فهو ميتٌ [(٥)] . وإن مات من تلك الجراحة ، ففي ذلك العضو وجهان [(٦)] .

---

(١) أي تشبَّثَ السلاحُ بالغَمْد ، فلم يتمكَّنْ من إخراجه .

(٢) في (أ) : « وضاع » .

(٣) قال ابن الصلاح : « معناه أن الشرط في حِلّه أن يموت بجرحه قبل أن يُدْركه وهو غيرُ مقصرٍ في عدم إدراكه ، مثل أن يُمكِنَه المشْيُ إليه ، فوقف حتى مات ولم يُدْركه » . مشكل الوسيط ق (جـ٢ ١٤٠ / ب) .

(٤) قوله : « ولا يفيد الحل » ساقط من (أ) .

(٥) ويدل عليه الحديث الصحيح الذي رواه أبو داود (٣ / ٢٧٧) (١١) كتاب « الصيد » (٣) باب « في صيدٍ قُطِعَ منه قطعة » حديث (٢٨٥٨) بإسناده عن أبي واقد قال : قال النبي ﷺ : « ما قطع من البهيمة وهي حيةٌ ، فهو ميتة » . ورواه الترمذي (٤ / ٦٢) (١٨) كتاب « الأطعمة » (٤) باب (ما قطع من الحي فهو ميت) حديث (١٤٨٠).رواه ابن ماجه(٢/ ١٧٢)(٢٨) كتاب الصيد(٨) باب«ما قطع من البهيمة وهي حية».حديث(٣٢١٦)عن ابن عمر مرفوعًا.

(٦) والأصح أنه لا يحل . انظر الروضة (٣ / ٢٤٢) ، والغاية القصوى (٢ / ٩٧٤) .

وإن جرحه بعد الأولى جراحةً أخرى غَيْرَ مذفّفة فوجهان مرتبان ، وأولى بالتحريم .

الركن الثالث : آلةُ الصيدِ والذبحِ . وهي ثلاثةُ أقسامٍ : جوارحُ الحيوان ، وجوارحُ الأسلحة ، والمثقّلات .

أما جوارح الحيوان ، فتحل فريسةُ الكلبِ المعَلَّم بنصّ الكتاب [١] ، أعني ما مات بِعَضِّه وجراحتِه ، وإنما يصير مُعَلَّمًا بثلاثة أمور : أن يَسْترسل بإرساله ، وينزجر بزجره [٢] ، ويمتنع من الأكل خوفًا من صاحبه [٣] . ولابد أن تتكرر هذه الأمورُ حتى يتبين أنه تأدب به [٤] وليس بوفاق ، فالرجوعُ فيه إلى العادة [٥] .

وإنما يشترط الانزجارُ [٦] بِزَجْره في ابتداءِ انطلاقه ، أما إذا احْتَدَّ في آخر الأمر ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لا يشترط ؛ لأن ذلك ما لا يُطَاوِع الكلبُ عليه .

والثاني : أنه يشترط ؛ لأن ذلك أيضًا يَعْسُر في الابتداء مع جوع الكلب ، ولكن به يصير مؤدبًا .

أما إذا ترك الأكل ، ثم أكل مرةً نادرًا ، ففي تلك الفريسة قولان :

أحدهما : أنه يحرم [٧] ، وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) [٨] ؛ لقوله ﷺ لعديٍّ بن حاتم

---

(١) وذلك في قوله تعالى : ﴿ يسألونك ماذا أُحِلَّ لهم . قل أُحِلَّ لكم الطيبات ، وما علَّمتُمْ من الجوارح مُكَلِّبين تُعَلِّمونهن مما علمكم الله ، فكلوا مما أمسكْنَ عليكم واذكروا اسم الله عليه ... ﴾ الآية [المائدة : ٤] .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وأن ينزجر بزجره » .

(٣) وذكر في الروضة شرطًا رابعًا ، وهو أن يُمْسِكَ الصيدَ فيحبسه على صاحبه ، ولا يُخَلِّيه . انظر الروضة (٣ / ٢٤٩) .

(٤) كلمة : « به » ليست في (أ) ، (ب) .

(٥) يعني أن التأديب ليس له صورة متفق عليها ، وإنما يُرْجَع في ذلك إلى أهل الخبرة بالجوارح .

(٦) في (أ) ، (ب) : « وإنما شَرْطُ الانزجارِ » .

(٧) وهذا القول أظهرهما . انظر : الروضة (٣ / ٢٤٧) . المنهاج ص (١٤١) . الغاية القصوى (٢ / ٩٧٦) .

(٨) وهو أصحُّ الروايتين عن أحمد أيضًا ، وقال الإمام مالك : يؤكل ولا يحرم . انظر : المنهاج ص (١٤١) . =

(رضي الله عنه) [(١)]: « إذا أَرسَلتَ كَلْبَكَ المُعَلَّم فَكُلْ ، وإنْ أكل فلا تأكُلْ » [(٢)] ، ولأنه أخذ لنفسه لَمَّا أكل ، لا لصاحبه [(٣)] .

والثاني : [أنه] [(٤)] يحل ؛ لقوله (عليه السلام) لأبي ثعلبة الخُشَني (رضي الله عنه) [(٥)] :

= المبسوط (١١ / ٢٢٣) . الدر المختار (٦ / ٤٦٧) . تكملة فتح القدير (١٠ / ١١٩) . الكافي ص (١٨٢) . القوانين ص (١٨٣) . المغني (٨ / ٥٣٣ وما بعدها) .

وقال ابن الصلاح : « القول الأصح تحريمُ الصيد الذي أكل الكلبُ المعلَّم منه ؛ لأن حديث عدى بن حاتم في المنع من أكله أصحّ ، فإنه ثابتٌ في الصحيحين متفق على صحته ، وفيه « فلا تأكل فإنما حَبَس على نفسه ولم يَحْبِسِ عليك » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤١ / أ) .

(١) هو عدي بن حاتم الطائي ، صحابي جليل مشهور ، قدم على النبي ﷺ سنة سبع ، وكان من فضائله أنه (رضي الله عنه) ما أقيمت الصلاة منذ أسلم إلا وهو على وضوء ، ومدحه عمر بن الخطاب قائلا له : آمنتَ إذ كفروا ، وعرفتَ إذ أنكروا ، ووفَّيْتَ إذْ غدروا ، وأقبلت إذ أدبروا » . شهد الجمل وصفين والنهروان مع علي (رضي الله عنهم) جميعًا ، وتوفي سنة (٦٨) بالكوفة . انظر ترجمته في : تهذيب التهذيب (٧ / ٦٦ ، ١٦٧) .

(٢) حديث صحيح : رواه البخاري في صحيحه (٩ / ٥١٨) (٧٢) كتاب « الذبائح والصيد » (٢) باب « صيد المعراض » حديث (٥٤٧٦) بإسناده عن عدي بن حاتم (رضي الله عنه) قال : سألت رسول الله ﷺ عن المِعْراض ، فقال : إذا أصبت بحَدِّه فَكُلْ ، فإذا أصاب بعرضه فقتل ؛ فإنه وَقِيذٌ ، فلا تأكلْ . فقلتُ : أُرْسِل كلبي ؟ قال : إذا أرسلتُ كلبَكَ وسَمَّيْتَ ، فَكُلْ . قلتُ : فإذا أَكل ؟ قال : فلا تَأْكُلْ ؛ فإنه لم يُمْسِكْ عليك ، إنما أمسك على نفسه ؟ قلت أرسل كلبي فأجد معه كلبًا آخر ؟ قال : لاتأكل ؛ فإنك إنما سميت على كلبك ، ولم تُسَمِّ على الآخر » . ورواه مسلم(٣ / ١٥٢٩) (٣٤) كتاب « الصيد والذبائح » (١) باب « الصيد بالكلاب المعلَّمة » حديث (١٩٢٩) وأبو داود (٣ / ٢٦٩) حديث (٢٨٤٨) . والترمذي (٤ / ٥٤) حديث (١٤٦٥) . والنسائي (٧ / ١٧٩) . وابن ماجه (٢ / ١٠٧٠) حديث (٣٢٠٨) جميعًا من طرق عن عدي بن حاتم مرفوعًا به .

(٣) قال ابن الصلاح : « وقد أساء المصنفُ في أن ذكر هذا التعليل من قول نفسه متصلًا بالنصِّ مع أنه في نَفْسِ النصِّ كما ذكرناه » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤١ / أ) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) هو صحابي جليل مشهور ، اشتهر بكنيته ، واختلف في اسمه واسم أبيه اختلافًا كثيرًا ، وهو ممن اعتزل في الفتنة فلم يقاتل مع علي أو معاوية (رضي الله عنهم) . وتوفي وهو يصلي في جوف الليل ساجدًا . انظر ترجمته في تهذيب التهذيب (١٢ / ٥٠) .

« كُلْ وإنْ أكل » [١] ؛ ولأنّ هذا يُحمل على جرأةٍ وفرطِ جوعٍ ، ولا يخرج عن كونه مُعَلَّمًا .

التفريع : إن قلنا : يَحْرُمُ فريستُه ، فلا ينعطف التحريمُ على ما سبق من فرائسه [٢] ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [٣] ، نعم ، لو أكل مرارًا وواظَب عليه ، فيقطع بأنه تَحْرم فرائسُه [٤] ؛ إذْ خرج عن كونه مُعلَّمًا . وفي انعطاف التحريم على [ما] [٥] سبق من الفريسة التي أكل منها أولًا وجهان . أما ما لم يأكلْ منها فلا تَحْرم .

ولا خلاف في أنه لو انْكَفَّ [٦] في أول التَّعليمِ لم تحلَّ فريستُه . فلو واظب عليه لم ينعطفِ الحِلُّ على ما سبق . أما إذا اقتصر على لَعْقِ الدمِ فلا يؤثر ذلك [٧] ، وفيه وجه : أنه كالأكل .

أما فريسةُ الفهدِ والنمرِ فحرامٌ ؛ لأنه لم يتعلم [٨] ولا يطاوع في ترك الأكل ، والانزجارِ

---

(١) إسناده حسن : رواه أبو داود (٣ / ٢١٧) (١١) كتاب « الصيد » (٢) باب « في الصيد » حديث (٢٨٥٢) بإسناده عن أبي ثعلبة الخشني قال : قال رسول الله ﷺ في صيد الكلب : « إذا أرسلتَ كَلْبَكَ وذكرتَ اسْمَ اللهِ ، فَكُلْ وإنْ أَكَلَ منه ، وكُلْ ما ردّتْ عليك يداك » . ورواه ابن ماجه (٢ / ١٠٩٦) حديث (٣٢٠٧) . والحديث أصله في الصحيحين ، وانظر نصب الراية (٤ / ٣١٢) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فراسته » .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن الكلب المعلم إذا أكل مرةً ، فلا يَحْرُم ما سبق من صيوده ، وذلك متصور إذا كانت تلك الفرائسُ قائمةً عند مالكها . وهو مذهبُ المالكية ، فإنهم لا يُحَرمون أصلًا الفريسة التي أكل منها الكلبُ . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : الروضة (٣ / ٢٤٧) . الكافي ص (١٨٢) . المقنع ص (٣١٣) . المغني (٨ / ٥٤٤)

ومذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أن الفريسة التي أكل منها الكلبُ تَحْرُم ، ويَحْرُم - أيضًا - ما سبق من فرائسه ؛ إذْ بان بأكله أنه غَيْرُ مُعَلَّم . وقد خالف أبا حنيفة في ذلك صاحباه أبو يوسف ومحمد ، فقالا بعدم انعطاف التحريم على ما سبق من الفرائس . انظر : المبسوط (١١ / ٢٤٣) . العناية على الهداية (١٠ / ١١٩) . رد المحتار (٦ / ٤٦٧) .

(٤) في (ب) : « فراسته » .

(٥) زيادة ضرورية من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « أتلف » .

(٧) وهو المذهب كما في الروضة (٣ / ٢٤٧) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « لا يتعلم » .

بالزجر ، فإن تُصُوِّر ذلك – على ندور – فهو كالكلب [١] .

وأما البازي ، فهل يُشْترط في تَعَلُّمِه [٢] الانكفافُ عن الأكل ؟ ، فيه قولان :

أحدهما : أنه يُشْترط وإن كان لا يتعلَّم [٣] ؛ إذْ لا يحتمل الضربَ فهو كالفهد .

والثاني : أنه لا يُشْترط ؛ لأنه لا يتعلم ، وجنسُ الطيورِ من الصيد لابد لها من جارحة ، وهي من الجوارح لا تكف عن الأكل ، بخلاف الفهد فإن في الكلب غُنْيَة عنه .

فرع : إذا مات بِعضِّ الكلب ، ففي موضع عضِّه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه ينجس ، فَيُغْسل سَبْعًا ويُعفَّر [٤] .

والثاني : أنه يُقوَّر الموضعُ إذا تَشَرَّبَ اللحمُ لُعابَه ، وكذا كلُّ لحمٍ عَضَّ عليه الكلبُ .

والثالث : أنه يُعفى عنه ؛ لأنّ الأوَّلين لم يُنْقَلْ عنهم ذلك .

وقال القفال : « لو أصاب سِنُّ الكلبِ عرقًا نَضَّاخًا بالدم [٥] ، سَرَتِ النجاسةُ إلى جميع أعضائه » . وهذا غلطٌ ؛ لأن تكليفَ الكلبِ الحذرَ من العروق مُحَالٌ ؛ ولأن ذلك كالعين الفوَّارة

---

(١) قال ابن الصلاح (رحمه الله) : « قوله : (فريسةُ الفهد والنمرِ حرامٌ إلى آخره) هذا خلافُ نص الشافعي ، فإنه قال فيما حكاه المزني : كل معلّم من كلبٍ وفَهْدٍ ونمر وكذا أطلق ذلك غيرُ واحد من أئمة أصحابنا في السباع المعلّمة . واستبعادُه تعليمَها مُنْدفعٌ ؛ فالاصطياد بالفهود المعلمة كثيرٌ مشهورٌ ، والنمر – إذا أخذ صغيرًا – تيسَّرَ تعليمُه والله أعلم » مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤١ / ب) .

(٢) في (ب) : « تعليمه » .

(٣) وهذا هو الأظهر كما في المنهاج للنووي ص (١٤١) .

(٤) وهذا هو المذهب . انظر التنبيه ص (٥٩) . الروضة (٣ / ٢٤٨) . المنهاج ص (١٤١) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (نضاخًا) أي فوارًا بالدم ؛ قال تعالى : ﴿ فِيهِمَا عينان نَضّاخَتَانِ ﴾ . أي : فوارتان » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤١ / أ) .

وقال أيضًا : « قوله : (قال القفال) كان ينبغي فيه أن يقول : (وحُكِيَ عن القفال) ؛ فإن شيخه [يعني أبا المعالي الجويني] ذكر أن ذلك حكاه عنه بعضُ أصحابِه ، وهو غلطٌ من الحاكي ، والله أعلم » .

بالماء ، فلا ينجس أسفلُها بنجاسةِ أعلاها .

النوع الثاني من الآلات : جوارحُ الأسلحةِ . وجرحُ الصيد : بالسيفِ ، والسهمِ ، وكلِّ حديدٍ مُفيدٍ للحِلِّ [١]. ويلتحق بالحديد كلُّ شيءٍ يجرحُ من قصب [٢] وخشب سوى السِّنِّ والظُّفُر ؛ فإنه لا يَحِلُّ الذبحُ به [٣] ، مُتصِلًا كان أو مُنْفصلًا ؛ لنهيٍ وَرَدَ فيه [٤] .

وجوّز أبو حنيفة (رحمه الله) بالمنفصل [٥] .

النوع الثالث : ما يصدم بثقله أو بخنقٍ . وذلك لا يُفيد الحِلَّ ، فلو انخنق الصيدُ

---

(١) في (ب) : « يفيد الحِلَّ » .

(٢) القصب : هو كل نبات يكون ساقة أنابيب وكعوبًا ، والواحدة : قصبة . ويطلق أيضًا على ما كان مستطيلًا من الجوهر . انظر : المصباح المنير (٢ / ٧٧٥) . القاموس المحيط ص (١٦٠) .

(٣) قوله : « به » ليست في (أ) ، (ب) .

(٤) وهذا النهيُ رواه البخاري في صحيحه (٩ / ٥٤٦) (٧٢) كتاب « الذبائح والصيد » (١٨) باب « ما أنهر الدم من القصب والمروة والحديد » حديث (٥٥٠٣) . بإسناده عن رافع بن خديج أنه قال : يا رسول الله ، ليس لنا مُدًى ! فقال : « ما أَنْهَرَ الدمَ وذكر اسم اللهِ فَكُلْ ليس الظُّفُرَ والسِّنَّ . أما الظفرُ فَمُدَى الحبشة ، وأما السِّنُّ فَعَظْمٌ » ورواه مسلم (٣/١٥٥٨) (٣٥) كتاب « الأضاحي » (٤) باب « جواز الذبح بكل ما أنهر الدم إلا السن والظفر وسائر العظام » حديث (١٩٧٨) . ورواه النسائي (٧ / ٢٢٦) ثلاثتهم من طرق عن عباية بن رفاعة عن أبيه عن جده رافع بن خديج مرفوعًا به .

(٥) **مذهب الشافعية :** أن السِّنَّ والظفر ، لا يحِلُّ به الذبح ، سواء كان متصلًا بالشخص أو منفصلًا . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . وفي المذهب المالكي خلافٌ في جواز الذبح بذلك . انظر : التنبيه ص (٥٩) . الروضة (٣ / ٢٤٣). المنهاج ص(١٤١). الكافي ص(١٨٠). القوانين الفقهية(١٨٨). الخرشي على مختصر خليل(٣/١٧). بداية المجتهد (١/ ٥٢٠ وما بعدها). المغني (٨ / ٥٧٤).

ومذهب الحنفية : أن السِّنَّ أو الظفر إذا كان متصلًا بصاحبه ، لا يجوز التذكية بهما ، أما إذا نُزِعا وفُصِلا ، جاز الذبح بهما . انظر : الدر المختار (٦ / ٢٩٦) . الهداية (٤ / ٣٩٧) . تكملة فتح القدير (٩ / ٤٩٥) . اللباب شرح الكتاب (٣ / ٢٢٧) المبسوط (١٢ /٢) .

بالأُحبولة ، أو بصدمة الوقوع فيها ، أو البئر المحفورة للصيد ، أو ضَرَبَ الطيرَ بِبُنْدُقَةٍ [١] ، فكلُّ ذلك حرامٌ ؛ إذْ لابُدّ مِنْ جارحٍ .

واختلف قولُ الشافعيِّ في الكلب إذا تَغَشَّى الصيدَ ، فمات تحته غمّا ؟ ففيه وجهان [٢] :

أحدهما : أنه محرم [٣] ؛ لأنه مُنْخَنِقٌ ، وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) [٤] .

والثاني : لا ؛ لأن ذلك يَكْثُر من الكلب ، وتكليفُه العَضَّ غَيْرُ ممكنٍ [٥] .

فرعان

الأول : لو أصاب الطيرَ الضعيفَ عرض السَّهْمِ ، وجَرَحَه طرفُ النَّصْلِ ، فمات بالجراحة والصدمةِ ، فهو حرامٌ . وكذلك لو مات ببندقةٍ وسهم أصابه من رَامِيَيْنِ ، فإن تردَّد في أن الموت بهما أو بأحدهما ، فالمُغَلَّبُ التحريمُ . أما إذا أصابه النَّصْلُ ، فلا يخلو النصلُ عن ثقلٍ وتحاملٍ ، فذلك لا يمنع الحِلَّ .

الثاني : لو جرح طائرًا ، فانصدم بالأرض ومات فهو حلالٌ ؛ لأن الاحتراز من ذلك للطيور [٦] غيرُ ممكنٍ . ولو وقع في الماء أو تدهور [٧] / من جبلٍ فمات بالجميع [٨] ، فهو حرامٌ ؛ ٢٧٢/أ

---

(١) وهي عبارة عن طينة متحجرة مُدَوَّرة يُرْمى بها . القاموس (١١٢٣) . اللباب شرح الكتاب (٣ / ٢٢١) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « على وجهين » . (٣) في (أ) ، (ب) : « أنه يحرم » .

(٤) وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر: الهداية مع تكملة فتح القدير (١٠/ ١٢٣) . المقنع ص (٣١٣) . المغني (٨/ ٥٤٥) . وانظر بداية المجتهد (١ / ٥٣٧) .

(٥) وهذا القول الثاني هو الأظهر عند الشافعية كما في المنهاج ص (١٤١) . والروضة (٣ / ٢٤٤) .

(٦) في (أ) : « في الطيور » .

(٧) تدهور : أي سقط من عُلُوّ . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤١ / ب) .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (بالجميع) فيه احترازٌ مما إذا كان الجرح الحاصل بالسهم مُذَفِّفا ، فهو حلال » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤١ / ب) .

لأن ذلك نادر . وإن وقع الصيدُ في الجبال والبحارِ ، فذلك لا يَنْدُر ؛ فلا يبْعُد تحليلُه ، ولكن قد قالوا : لو وقع من غصنٍ إلى غصنٍ كذلك حتى مات من الجراحة ، فهو حرامٌ ؛ لِنُدُوره ، فيظهر أيضًا تحريمه في الجبال (١) .

أما إذا انكسر جناحُه ولم يَنْجَرِحْ ، ثم انصدمَ بالأرض ومات ، فهو حرامٌ ؛ إذْ لم تسبقِ الجراحةُ .

الركن الرابع : نَفْسُ الذَّبْح والاصطياد .

وكيفيةُ الذبحِ مذكورٌ (٢) في الضحايا . ونذكر الآن الاصطيادَ ، أعني الإصابةَ بآلة الصيد . وهو كلُّ جرحٍ مقصودٍ حَصَل الموتُ به .

أما الجرحُ فلا يَخْفى حدُّه . وأما القصد ، فله ثلاثة متعلّقات :

الأول :أصلُ الفعل .

ولابُدَّ منه ؛ فلو سقط السيفُ من يده وانجرح به صيدٌ ، أو نَصب في الأُحبولة مِنْجَلًا ، فَانْعَقَرَ به الصيدُ ، أو نصب في أسفل البئر سكينًا ، فانجرح به ، أو كان في يده سكينٌ فاحتكَّت الشاةُ به : فالكلُّ حرامٌ ؛ إذْ لم يَحْصُل بفعله ، بل بفعلِ الحيوان .

ولو كان يُحرك اليدَ ، والبهيمةُ أيضًا تتحرك حركةً مؤثرةً : غَلب التحريمُ ، ولذلك تُضْبط الشاةُ حتى لا تتحرك إلا حركةً يسيرةً لا تؤثر . وكذلك الكلب إذا استرسل بنفسه لم تحلَّ فريستُه ؛ لأنه إنما يَصير مضافًا إليه (٣ كالآلة باسترساله بإشارته ٣) .

---

(١) قال ابن الصلاح : « كان ينبغي أن يقول : (فهو حرام مع عدم ندوره) ولكثرةِ وُجْدانِ الطيور على الأشجار ، ورَمْيها وهي عليها ، فيظهر تحريمُ مثلِه في الجبال ؛ ووجهه أن عدم الندور في كل ذلك يحصل بالكثرة لا بالغلبة ، والرخصةُ لا تثبت إلا بالغلبة كما في الصورة السابقة في الانصدام بالأرض ، وهذا - على هذا الوجه - مُتَّجِهٌ . وأما على الوجه الذي ذكره والسياقةِ التي ساقها ، فهو مُتهافتٌ ؛ لاشتمالِه على إثبات الفرق بين الصورتين في الندور ، ثم إلحاق إحداهما بالأخرى ، والجمعُ لا يترتب على الفَرْقِ ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٤٢ / أ) .

(٢) في (أ) : « مذكورة »

(٣) في (ب) : « بإرساله وبإشارته » .

فروع

الأول : لو استرسل بنفسه ، فأغراه ، فازداد عَدْوًا : ففي الحلِّ وجهان [1] . فلو زَجَره فلم يَنْزَجِر ، فأغراه فازداد عَدْوًا : فوجهان مرتبان ، وأولى بالتحريم . ويَنْبني عليه ما لو كان الإرسالُ من مسلمٍ ، والإغراءُ من مجوسيٍّ ، أو العكس ، لكن يظهر أثره في المِلْك [2] . ومأخذُ الكلِّ أن الافتراس يُحَال على فِعْله ، أو على إغراء المغْرِي ؟ وعليه يُخَرَّج ما لو أغرى أجنبيٌّ كلبًا استرسل بإشارة مالِكه ، فإنْ أَحَلْنَاه على الإغراء ، فقد اصطاد بكلبٍ مغصوبٍ ، وفيه وجهان [3] :

(١) والأصح أنه لا يحل . انظر الروضة (٣ / ٢٤٩) ، والمنهاج ص (١٤١) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (وينبني عليه ما لو كان الإرسالُ من مسلم ، والإغراءُ من مجوسي أو بالعكس ، لكن يَظْهر أَثَره في الملك) فقولُه هذا : سهوٌ أو سَبْقُ قلمٍ ، وإنما موضعُ ذكر هذا ، في المسألة التي بعدها ، وهي ما إذا أرسله المالكُ وأغراه أجنبيٌّ ، فأثرُ الخلافِ في هذا لا يظهر في الحل كما في المسألة الأولى ، فإنه لا خلافَ فيه في الحِل على ما لا يخفى ، وإنما يظهر أثره في الملك في الصيد وأنه للمالك أو للأجنبي المُغْرِي ؟ فَعدلَ صاحبُ الكتاب في ذِكْره ذلك عن هذه المسألة إلى مسألة المجوسي ، والخلافُ في مسألة المجوسي جارٍ في الحل كما في الأولى . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٢ / ب) .

(٣) قال الحموي : « قوله : (وينبني عليه ما لو كان الإرسال من مسلم والإغراء من مجوسي أو بالعكس ، لكن يظهر أثره في الملك ، ومأخذ الكل أن الافتراسَ يحال على فعله أو فعل المغري ؟ وعليه يخرج ما لو أغرى أجنبيٌّ كلبًا استرسل بإشارة مالكه ، فإن أحلناه على الإغراء فقد اصطاد بكلب مغصوب ، وفيه وجهان) .

قلت : ذكر الشيخ أنه بمجرد الإغراء يكون غاصبًا ، وليس المفهوم من ضوابطه ذلك في باب الغصب ، ثم بتأمل ذلك فيه ، فإنه لابد أولًا من دخوله تحت اليد ، والذي ذكره الأصحاب في صورة : « غَصَب كلبًا وأرْسَلَه وحصل به صيدٌ ، فهل يكون ذلك له أو للمالك ؟ فيه وجهان » وإذا كان كذلك كان ما ذكره الشيخ في الوسيط مخالفًا للمنقول لما علم .

قلت : أمكن أن يجاب عنه بأن يجمع بينهما ، بأن نفرض أن إنسانًا غصب كلبًا خرج عن يد غاصبه ولم يدخل تحت يد مالكه ، ثم إن مالكه أرسله بإشارته ، ثم إن غاصبه أغراه بعد ذلك ، فعلى هذا صح أن مالكه وغاصبه أغراه قبل دخوله في يد مالكه ، فعلى هذا يكون موافقًا لسائر الكتب كما لا يخفى .

قلت : والجواب الصحيح أن يجري على ظاهره ، فإنه لما [كان] الملكُ على الصيد يثبت بمجرد الإيجاب وإن لم يَقْتَضِه ، كان غصبُ الكلب على هذا الوجه كذلك ، وما ذكره الأصحاب مثالًا آخر كما لا يخفى ، وذلك لا ينفي ما ذكره الشيخ من المثال المذكور ، وبه خرج الجواب » . إشكالات الوسيط (ق ١٨٣ / أ ، ١٨٣ / ب) .

أظهرهما (١) : أن الصيدَ للغاصب ، والكلبُ المغصوبُ كالسكينِ المغصوب .

والثاني : أنه يتبع الكلبَ ، لكن في صورة الإغراء يظهر كونُه للمالك (٢) . ويحتمل الإحالة عليهما حتى يكون مشتركًا هاهنا ، وعند إغراء المجوسيِّ يحرم .

الثاني : إذا رمى سهمًا وكان يقصر عن الصيد ، فساعدت ريح (٣) من ورائه وأصاب : حَلّ (٤) . ولو انصدم بجدارٍ فارتدَّ إلى الصيد وجرح ، فوجهان (٥) ؛ لأنَّ فِعْلَه انتهى لمصادمة الجدار (٦) من وجه . وأما حركاتُ الذبح ، فلا تدخل تحت الضبط ؛ فلا يلتفت إليها .

الثالث : لو نزع القوسَ لِيَرمِيَ ، فانقطع الوترِ وارتمى السهمُ فأصاب ، فوجهان :

أحدهما : أنه يحلُّ ؛ لأنه حصل بفعله [هو] (٧) وعلى وَفْقِ شهوته (٨) .

والثاني : لا ؛ لأنه لم يكن على وَفْقِ قَصْدِه .

المتعلّق الثاني : أن يَقْصد جنسَ الحيوان .

فلو رمى سهمًا في خلوة ، وهو لا يقصد صيدًا ، فاعترض صيدٌ وأصاب : حَرُمَ ، وكذا لو كان يُجِيلُ سَيْفَه (٩) فأصابَ حَلْقَ شاةٍ .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أصحهما » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة (٣ / ٢٥٠) .

(٣) في (أ) : « فَسَاعَدَه ريحٌ » . وفي (ب) : « فساعد ريحٌ » .

(٤) قال ابن الصلاح : « هذا فيه نظر كما قال شيخُه ، ولكن الحل مقطوعٌ به من غير ذكرِ خلافٍ في كتاب الفوراني ، وبحر المذهب ، والتهذيب . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٢ / ب) .

(٥) والأصح الحل كما في الروضة (٣ / ٢٥٠) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « بمصادمة الجدار » .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٣ / ٢٥٠) .

(٩) يُجِيلُ سيفَه : أي يُدِير سيفَه . والإجالة : الإدارةُ . قاله ابن الصلاح في المشْكِل .

أما نِيَّةُ الذَّبحِ ، فلا تُشْترط بعد تعلُّقِ القصدِ بالعين . بيانُه : أنه لو رمى إلى شيءٍ ظنَّه حجرًا ، فإذا هو صيدٌ : فهو حلالٌ . ولو قطع في الظلمة شيئًا لَيِّنًا قصدًا ، فإذا هو حَلْقُ شاةٍ : فحلالٌ ما لم يَعْتقد أنه حلقُ آدميٍّ أو فِعْلُ حرامٍ ، فإنْ ظنَّ ذلك ، فالظاهرُ أنه حلالٌ ، ولا يُعْتبر ظَنُّه . ومنهم من قال : يحرم إذا اعتقدذلك ، وينقدح ذلك [(١)] في ظنّه آدميًا أو ما يَحْرُم ذَبْحُه . أما لو ظنه خنزيرًا فينبغي أن يحِلَّ قطعًا ؛ لأنه لم يَظُنَّ تحريمَ الذبح ، بل تحريمَ اللحم .

المتعلق الثالث : عين الحيوان .

فلو رمى بالليل إلى حيث لا يراه ، لكن يقول : ربما يصيب صيدًا ، فاتفق أنْ أصاب ، ففيه ثلاثةُ أوجه :

أحدها : التحريم ؛ لأن تعلُّقَ القصدِ بالذبيح – مع عدم الإدراك – محالٌ [(٢)] .

والثاني : يحلُّ ؛ لأنه قَصَدَ الذبْحَ .

والثالث : أنه إنْ رمى حيث يغلب وجودُ الصيد : حَلَّ . وإن اتفق نادرًا ، فهو عَبَثٌ ؛ فلا يَحِلُّ .

وعلى هذا يُخَرَّج رَمْيُ الأعمى واصطيادُه بالكلب .

أما إذا قَصَدَ سِرْبًا من الظِّباء [(٣)] ، ورمى ، فأصاب واحدًا : حَلَّ ، وإن لم يقصد عَينَه ؛ فإنه قَصَد الجنس وإن لم يَقْصد العينَ .

أما القصاص في مثل هذه الصورة فقد يَسْقط على رأيٍ ؛ للشبهة [(٤)] .

---

(١) كلمة : « ذلك » ليست في (أ) ، (ب) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (٣ / ٢٥١) .

(٣) قال ابن الصلاح : « السِّرْب من الظباء ونحوها من الوحوش : هو بكسر السين المهملة . والسَّرْب من الإبل ونحوها الماشية ، هو بفتح السين وإسكان الراء » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٢ / ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأما القصاص في مثل هذه الصورة فيسقط على رأي للشبهة) وقد قطع في القسم الثاني من كتاب « الجراح » في مسألة المنجنيق بسقوط القصاص فيما إذا قصد الرماة بالمنجنيق واحدًا لا بعينه ، وكذا في المُكْرَه على قتلِ أحدِ الرجلين . وكان في النفس شيءٌ من نَقْلِه الخلافَ هاهنا حتى وقعتُ على نقْلِ صاحب « التتمة » وجهين في وجوب القصاص فيما إذا رمى قاصدًا أحدَ الرجلين لا بعينه ، أو واحدًا لا بعينه من جماعة يراهم . والله أعلم » مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٢ / ب) .

ولو عَيَّنَ ظبيةً من السّرْب (١) ، فمال السّهْمُ إلى غيرها ، ففيه ثلاثةُ أوجه ، يُفَرّق في الثالث بين أن يُصيب ظبيةً من غير هذا السّرْب أو من هذا السّرْب (٢) .

ولو قصد حجرًا ، فأصاب ظبيةً ، فوجهان مرتبان ، وأولى بالتحريم .

ولو ظَنَّ أن الحجرَ ظبيةٌ ، فمال السهمُ إلى ظبية ، فالجوازُ أولى .

ولو قصد خنزيرًا ، فمال إلى ظبية فوجهان ، وأولى بالتحريم .

هذا بيان القصد .

أما قولُنا : (حَصَل الموتُ به) أردنا به أنه لو أصاب / فمات الصيد بصدمة أو افتراسِ سَبُعٍ لم يحلَّ . وكذلك لو غاب عن بصره ، فأدركه ميتًا وعليه أَثَرُ صدمةٍ أو جراحة أخرى : حرم . وإن لم يظهر أثرٌ آخرُ ، فقولان : ٢٧٢/ب

أحدهما : أنه لا يحل ، فإنه لا يدري إذْ لم يَمُتْ بين يديه .

والثاني : أنه يَحِلّ ؛ حوالةً على السبب الظاهر (٣) .

ولذلك تُوجَب غرة الجنين والقصاص بالجرح وإن أمكن الموتُ فجأةً بسببٍ آخر .

أما التسميةُ فليستْ شرطًا عندنا (٤) للذبح والاصطيادِ ، ولكن تستحب عند الذبح ، وعند الرَّمْيِ ، وعند إرسالِ الكلب . فلو سمَّى عند عضِّ الكلب ، ففي تأدِّي الاستحباب به خلافٌ .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « في السرب » .

(٢) والأصح من هذه الأوجه الثلاثة : الحل . انظر : الروضة (٣ / ٢٥٢) . المنهاج ص (١٤١) .

(٣) قال النووي (رحمه الله) : الحل هو الأصح دليلًا . انظر الروضة (٣ / ٢٥٣) .

(٤) كلمة : « عندنا » ليست في (أ) ، (ب) .

النظر الثاني من الكتاب

في أسباب الملك

(وفيه فصلان)

الأول : في السبب .

وهو إبطالُ مَنَعَةِ (١) الصيد بإثباتِ اليدِ عليه ، أو ردّه إلى مَضِيقٍ لا يتخلص (٢) ، أو إزمانه (٣) ، أو قَصِّ جناحِه . أما إذا اضطره إلى مضيق له مَخْلَصٌ ، فأخذه غَيْرُه ، فهو للآخذ .

ثم الأسباب التي تُقِيد الملك (٤) تنقسم (٥ فيما يعتاد ٥) ذلك به كالشبكة : فيكفي وقوعُ الصيدِ فيه لحصولِ الملك . أما ما لا يعتاد ، كما لو توحّل الصيد في زرعٍ سقاه لا للصيد ، أو دخل دارَه ، أو عشش الطائرُ في داره : فالمذهبُ أن الملك لا يحصل بمجرده وإن كانت تحت قدرته ؛ لانه لم يَقْصِدْه . نعم هو أولى به ، لكن لو أخذه غيرُه كان كما لو أحيا أرضًا يحجرها غيرُه ، وهاهنا أولى بحصول الملك ؛ لأنَّ التحجرَ مقدمةُ الإحياء فهو قَصْدٌ ما ، وبناءُ الدار ليس بقصدٍ للصيد .

ولو قصد ببناء الدار تعشيشَ الطائر ، فهل يَمْلِكه ؟ ، فيه وجهان (٦) ؛ لأن هذا سببٌ غَيْرُ معتادٍ . ومن أصحابنا من ذكر وجهًا : أنه يملك بدخول ملكه وإن لم يقصد . وهو ضعيفٌ .

ثم إن قلنا : لم يملك ، فلو أغلق البابَ قَصْدًا : ملك ، وإن كان عن وِفاقٍ فلا . ولو انسلَّ عن

---

(١) في النسخ الثلاثة : « منفعة » وهو خطأ ، والصواب المثبت . وقال ابن الصلاح : « قوله : (إبطال مَنَعَةِ الصيد) المنعة : بفتح النون على مثال : شجرة ، وهي القوة المانعة . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٣ /أ) .

(٢) أي لا يتخلص منه .

(٣) يعني إتعابه وإثقاله من الألم بسبب الرمي .

(٤) وفي نسخة أخرى « تُقِيد الصيد » كذا على هامش الأصل . وقال ابن الصلاح : « قوله : (تقيد) هو بالقاف ، أي : تضبطه وتمسكه . وفيه إشعارٌ بأن ما أطلقه من دخول الصيد داره ، وتعشيش الطائر في داره ، ليس على إطلاقه بل صورته ما ذكره شيخه ، وهي ما إذا دخلت ظبيةٌ دارَه فأغلقَ البابَ عليها وفاقًا ، أي من غير شعور منه بالظبية وقَصْدٍ لها ، وأما إذا عشش الطائرُ في داره وبَاضَ ، وفرخ ، فهل يملك بذلك بيضَه وفرخَه ؟ والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٣ / أ) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « تنقسم إلى ما يعتاد » .

(٦) والأصح أنه يملكه انظر الروضة (٣ / ٢٥٥) .

يده شبكةٌ ، فتعقَّل بها صَيْدٌ ، ففيه وجهان (١) . ولو دخلت سمكةٌ بركةَ إنسانٍ : فإن سدَّ المنافذَ وهو ضيقٌ : مَلَكَ ، وإن كان واسعًا لم يملك ونُزِّل منزلةَ التحجر (٢) .

هذا هو سبب الملك . أما زواله ، فلا يزول المِلْكُ بانفلاتِ الصيد عن يده ، أو عن شبكته ، ولا بإطلاقه إياه . ولو قَصَد تحريره ، ففيه وجهان :

أحدهما : أن ملكه قائم ، كما لو أعتق حماره (٣)

والثاني : أنه يزول ؛ لأن للصيد مَنَعَةً واستقلالًا .

ولو أعرض عن كسرةِ خُبْزٍ ، فأخذها غيرُه ، فهل يملك ؟ ففيه وجهان مرتبان وأولى بأن لا يملك (٤) .

---

(١) والأصح أنه لا يملك بذلك انظر الروضة (٣ / ٢٥٥) .

(٢) قال الحموي : « قوله : (ولو دخلت سمكة بركة إنسان ، فإن سد المنافذ وهو ضيق مَلَكَ ، وإن كان واسعًا لم يملك وننزله منزلة المتحجر) .

قلت : ما ذكره الشيخ في أول النظر الثاني من الكتاب في أسباب الملك ، وهو إبطال منفعة الصيد بإثبات اليد عليه ، أو بردِّه إلى مضيق لا يتخلص منه ، أو لزمانةٍ ، أو قص جناحه ، أما إذا اضطر إلى مضيق له مخلصٌ وأخذه غيرُه بذلك فهو الآخذ ، وذلك مناقض لقوله : (وإن كان واسعًا فإنه لا يملك بذلك) مع وجود ما ذكره في قيده من حيث إنه قال : (أورده إلى مضيق لا يتخلص منه أو لزمانةٍ) وإذا كان كذلك لم يجز أن يدخل في الملك ؛ لما ذكره في قيده .

قلت : فيه جوابان : أحدهما : أنه جعل هذا الفصل في أسباب الملك ، وأسبابه تنقسم إلى قسمين : منها ما يوجد الملكُ فيه عقيب السبب ، ومنه ما يتأخر الملك عنه كالتحجر ، فعلى هذا إذا كان واسعًا كان أحقَّ به من غيره كما لا يخفى ، وإذا كان كذلك لم يكن بينهما مناقضةٌ لمن يتأمل ما أشرنا إليه . الجواب عن الثاني : أنه ذكر في قيده الردَّ مع كونه لا يتخلص ، ولا شك أن هذا المذكور لم يوجد منه التضييق ؛ لما عُلِمَ من أن البركة إذا كانت ضيقةَ المنافذ فإنه يملك بالاتفاق ، ويخالف ما إذا كان واسعًا يَعْسُرُ دخولُه تحت اليد ، كما لا يخفى ، وهذا إشكال ضعيف جدًا كما لا يخفى ، ولذا ذكرناه لكون بعضهم يستشكله .

وجملة ذلك أن هذه المسألة ثلاثة أقسام : قسم اجتمع فيه التضييقُ وعدم التخلُّص ، وهو متفق عليه ، وقسم وُجِد فيه الامتناعُ مع التضييق ، فإنه لا يملك بمجرد ذلك حتى يهيؤها للدخول [تحت يده] ، وإن لم يفعل ذلك كان لغيره أن يأخذها ، وقسم وجد التضييق لكن له تخلص ، ولكن إذا أخذه غيرُه مَلَكه ؛ لأن وجود [هذا] التضييق كعدمه إذا كان له منفذ » . إشكالات الوسيط (ق ١٨٣ / ب - ١٨٤ / ب) .

(٣) والأصح أنه لا يزول ملكه وهو المنصوص ، انظر الروضة (٣ / ٢٥٦) .

(٤) قال النووي (رحمه الله) : « الأصحُ أنه يملك الكسرة والسنابل ونحوها ، ويصحُ تصرفُه فيها بالبيع وغيره . وهذا ظاهرُ أحوالِ السلف ، ولم يُحْكَ أنهم مَنَعوا مَنْ أخذ شيئًا من ذلك من التصرف فيه . والله أعلم » . الروضة (٣ / ٢٥٧) . =

ولو أعرض عن إهابِ ميتةٍ ، فدبغها إنسانٌ ، ففيه وجهان مرتبان وأولى بأن يملك ؛ لأن الملك كالمستحدث بالدباغ .

فرع : إذا اختلط حمامُ برجٍ مملوك ، بحمامِ برجِ آخر [١] ، وعَسرَ التمييز [٢] : فليس لكل واحدٍ بَيْعُ شيء منه إلا أن يَبيع من صاحبه ، ففيه وجهان ، ووجهُ جوازِه - مع عُسْرِ التعيين - الحاجةُ .

ولو توافقا على بَيْعِ الكلّ - أو البعض - من ثالث ، وكانا يعلمان العددَ ، أو القيمة [٣] - حتى يُوَزَّع عليه - جاز . وإن جهل ذلك لم يَجُزْ ؛ إذ لا يدري حصة كل واحد ، والصفقةُ تتعدد بتعدد البائع وإن تصالحا على شيء ، صَحّ البيعُ واحتمل الجهل بقدر المبيع [٤] . أما إذا اختلط حمامات مملوكة بحمام بلدة ما فلا يحرم الصيد إذا كان المباح غير محصور ، وإن اختلط بمباحٍ محصورٍ : حَرُمَ ؛ كأختٍ من الرضاع اختلطت بنسوة . وإن اختلط حماماتُ بلدةٍ لا تُحْصَى بحمامٍ [٥] بلدة لا تحصى : ففيه وجهان ، ووجْهُ المنع أن نسبةَ ما لا يُحْصى إلا ما لا يُحْصى كنسبةِ المحْصَى إلى المحصَى .

* * *

= وقال ابن الصلاح : « قوله : (ولو أعرض عن كسرة خبزة ، فأخذها غيره فهل يملكها ؟ فيه وجهان مرتبان وأولى بأن لا يملك) : لك أن تقول : هذا الخلاف ، هو في حصول الملك للآخذ ، فكيف يترتب على الخلاف في زواله هناك ؟ وجوابه : أن الخلاف في حصول الملك يتضمن الخلافَ في زوال الملك ؛ لأن من قال : يحصل الملكُ بأخذِ الكسرة ، فقد قال بزوال ملك المعرض .

ثم اعلم أنه - وإن لم يحصل الملك - فظاهرُ المذهب حصولُ الإباحة بذلك ، وكذلك التقاط السنابل المحكي عن جماعة من الصالحين من هذا القبيل والله أعلم » . مشكل الوسيط جـ٢ (ق ١٤٣ / أ) .

(١) كلمة « برج » مضاف ، وكلمة « آخر » مضاف إليه ، وليست نعتًا لكلمة « برج » . أشار إليه ابن الصلاح في مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٣ / أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : قوله : (وعَسرَ التمييزُ) كذا قاله شيخه أيضًا ، والصواب عبارةُ غيرِهما وهي « ولا يُمْكِنه التمييز » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٣ / أ وما بعدها) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وكانا يَعْلَمان العددأ والقيمة) وقع في النسخ « أو القيمة » بحرف « أو » . وصوابُه « والقيمة » بحرف « الواو » ؛ لأن العددَ وحدَه لا يمكنُ التوزيعُ عليه ، على ما لا يخفى . فالقيمةُ عليها الاعتمادُ في التوزيع ؛ لأن معرفة « القيمة » تقع كثيرًا في مثل هذه الواقعة مرتبطةً بمعرفة « العدد » ، مثل أن يعْلما أن لأحدهما خمسين حمامة ، وللآخر مائة ، وقيمةُ كلِّ حمامةٍ درهمٌ مثلًا . والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٤٣ / ب) .

(٤) يعني به البيع الذي تضمنه الصلحُ ؛ لأن هذا الصلح بَيْعٌ في الحقيقة والله أعلم . (المشكل جـ ٢ ق ١٤٣ / ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « بحمامات » .

الفصل الثاني

في الازدحام على الصيد

وله أحوال :

إحداها : في التعاقب في الإصابة . فإذا رَمَيَا صيدًا ، فأصاب وأحدُهما مُزْمِنٌ والآخرُ جارحٌ ، فالصيدُ للمزْمِن . فإنْ سبقته الجراحةُ ، فلا شيء على الجارح . وإن لحقت [١] ، فقد جرحتْ [٢] صيدَ الغير ؛ فعليه أَرْشُ النقصانِ إن لم يُذَفِّف . وإن ذَفَّفه ، وكان في الصيد حياةٌ مُسْتقِرّة ولم يُصِبِ التذفيفُ المذْبَحَ - فهي ميتةٌ ، وعليه قيمتُه ؛ لأنه ذَبْحٌ في حيوانٍ مقدورٍ عليه في غير المذبح . وإن أصاب المذْبَحَ حلَّ .

وهاهنا أدنى نظرٍ ؛ إذْ مَنْ رَمَى شاةً ، فأصاب حَلْقَه ، ففي حصولِ الحلِّ احتمالٌ ، لاسيما إذا لم يقصد المذبح لكنْ أصابَه ، ولعلّ الأظهرَ حِلُّه .

أما إذا لم يكن الجرحُ الثاني مُذَفِّفًا ، ووقع على غير المنحر ، وتَرَكَ الصيدَ حتى مات بالجرحين ، ففي القدر الواجب [٣] من الضمان على الثاني نَظَرٌ يَنْبني [٤] على مسألة ، وهو أنه لو جرحَ عبدًا أو بهيمةً - قيمتُه عشرةٌ - جراحةً أَرْشُها دينارٌ ، فجرحَ آخرُ بعده ما أَرْشُه أيضًا دينارٌ ، ومات من الجرحين / ففيما يجب عليهما خمسةُ أوجهٍ ، لا يَنْفكّ وجهٌ عن إشكال : ٢٧٣/أ

الأول : أنه يجب على الأول خمسةٌ ؛ لأنه شريكٌ في عبدٍ كان قيمتُه عند جنايتهِ عشرةً ، وعلى الثاني أربعةٌ ونصفٌ ؛ لأنَّه شريكٌ في عبد كان قيمتُه عند جراحتِه تسعةً ، وهذا باطلٌ قطعًا ؛ لأنّ فيه تضييعَ نصفِ دينارٍ على المالك ، إذْ كان قيمةُ العبدِ عشرةً ، وقد فَاتَ بجنايتهما .

والثاني : أنه يجب على كلِّ واحدٍ خمسةٌ ، وهذا أيضًا باطلٌ ؛ لان التسوية بين الثاني والأول مُحَالٌ وكان وقتَ جنايةِ الثاني قيمتُه تسعةٌ ، فكيف يغرم أكثر من أربعةٍ ونصفٍ ؟!

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وإن تعقبت » .

(٢) في (ب) : « فقد جرح » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ففي قدر الواجب » .

(٤) في (ب) : « يبني » .

والثالث - وهو اختيار القفال - : أن على الأول خمسةً من حيث هو شريك ، وعليه أيضًا نصفُ دينار ، وهو نصفُ أَرْشِ جنايته ؛ لأنه حصل منه نصفُ القتل ، فلا يندرج تحته إلا نصفُ الأرشِ ، ويَبْقى النصفُ الآخر ، وعلى الثاني خمسةٌ ونصفُ دينارٍ ، وهو نصفُ أرشِ جراحتِه ، وأربعةٌ ونصفٌ هو نصفُ قيمةِ العبدِ عند جنايته . وقال : ليس في هذا إلا زيادةٌ على العشرة ، وذلك لا يَبْعُد ؛ إذْ لو قطع يَدَيْ عبدٍ ، وقَتَلَه غيرُه ، كان ما يجب عليهما أكثر من القيمة . وهذا فاسدٌ ؛ لِمَا فيه من الزيادة ؛ ولأن الأَرْشَ لا يُعْتبر عند سِرَاية الجنايةِ أصلًا ، سواءٌ كان الجرحُ مع شريك أو لم يكن .

الرابع : قال أبو الطيب بن سلمة : « ماذكره القفالُ صالحٌ لِأَنْ نجعلَه أصلًا للقسمة [١] حتى لا يُؤَدّي إلى الزيادة ، فتنبسط الأجزاءُ آحادًا [٢] ، فيكون المجموع أحدًا وعشرين جزءًا ، فتبسط العشرةُ عليها ، فيجب على الأولِ أحد عَشَرَ جزءًا من أحدٍ وعشرين جزءًا [٣] من عشرة ، وعلى الثاني عشرةُ أجزاء من أحد وعشرين جزءًا من عشرة ، ولا يؤدي إلى الزيادة » . وهو فاسدٌ لأنه بناءٌ على تمييز الأرش واعتبارِه مع سِرَاية الجناية .

الخامس - وهو اختيارُ الإمامِ وصاحبِ التقريب - أن الثاني لا يلزمه أكثر من أربعةٍ ونصفٍ [٤] . أما الأولُ فعليه خمسةٌ ونصفٌ لإتمام القيمة ؛ لأنه كان تسبَّبَ [٥] إلى الفوات لولا الثاني ، فما لا يمكن تقريرُه على الثاني يبقى عليه . وهذا أيضًا لا يخلو عن محال ،

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (قال أبو الطيب بن سلمة : ما ذكره القفال صالح لأن نجعله أصلًا للقسمة ..) هذا عجبٌ ؛ فإن أبا الطيب بن سلمة قبل القفال بمدة . ثم ما حكاه عن القفال ، قد حكى غيرُه عنه غَيْرَه . والله أعلم » مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٣ / ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (فتبسط الأجزاء آحادًا) عبارة غير مرضية ، وإنما يقال : تبسط الآحاد أجزاءً ، أو (تجعل الأجزاء آحادًا) . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٣ / ب) .

(٣) في (ب) : « من واحد وعشرين جزءًا » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « أن الثاني لا يلزمه إلا أربعة ونصف » .

(٥) في (ب) : « سببًا » .

ولكنه أقرب [(١)] ، أما الزيادةُ على العشرة ، أو النقصان منها ، أو التسويةُ بين الشريكين ، فظاهرُ البطلانِ [(٢)] .

المسألة بحالها ، لو صَدَرَ إحدى الجراحتين من السيد جَرَتِ الوجوهُ ، لكن ما يقابل جنايةَ السيد [فهو] [(٣)] مُهْدَر ، والباقي يجب .

رجعنا إلى مسألة الصيد ، منهم من قال : هو كالسيد والأجنبي . ومنهم من قطع بأنه يجب الجميعُ على الثاني ؛ لأنّ فِعْلَ المالكِ في الصيد ليس إفسادًا ، بل هو سببُ حِلٍّ وقد صار إفسادًا بجناية الثاني . وأما فِعْلُ السيد فإفساد . والصحيحُ هو وجهٌ ثالث ، وهو أنه إنْ قَدَرَ المالكُ على مبادرةِ الذبح ، فلم يفعل حتى مات بالجرحين ، ففعلُه إفسادٌ ، فهو كالسيد . وإن لم يَقْدِر ، ففعلُه مُخِلٌّ ، فعلى الثاني تمامُ قيمةِ الصيدِ المزمن .

فلو كان غير مزمن يَسْوَى عشرةً ، ومزمنًا تسعة ، قال الأصحاب : يجب تسعةٌ . واستدرك

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وهذا أيضًا لا يخلو عن محال ، ولكنه أقرب) المحالُ الذي فيه كونُه أسقط أرشِ جنايةِ الثاني ؛ لأنها صارت نفسًا ، والله أعلم .

ثم من عجب أنه ، هو وشيخه ، تَرَكَا وجهًا سادسًا مشهورًا مذكورًا في طريقتي العراق وخراسان ، وهو الأقربُ والأصحُّ عند الشيخ أبي حامد الإسفرائيني وصاحب « المهذب » ، وصاحب « البحر » وغيرهم ، وقال صاحب « الشامل » فيه : قال أصحابنا : هو أصحُّ الطرق ، وهو ما صار إليه أبو علي بن خيران من أنه تُضَمُّ قيمتُه عند جناية الأول ،وهي عشرة – إلى قيمته عند جناية الثاني – وهي تسعة – فيكون ذلك تسعةَ عَشَرَ ، ثم تنقسم العشرةُ التي هي كمال القيمة على « التسعة عشر » فما يخص عشرةً منها يجب على الأول ، وما يخص تسعةً : على الثاني ، فهذا فيه الوفاءُ بإدراج أرش الجناية في بدل النفس ، وإيجابُ كمال القيمة من غير زيادةٍ عليها ولا نقصان ومن غير تسوية بين الجنايتين .

قال ابن الصلاح (رضي الله عنه) : غير أن فيه تغريمَ الأولِ أكثر من نصف القيمة مع أنه لم يُتْلِف إلا النصف ، وتغريمَ الثاني أكْثر من نصف قيمته حالة جنايته ، وهو محذورٌ أيضًا ، ولكنه أقرب وأقل من المحاذِر الواقعة في الوجوه الأخر . وإذا لم يكن بُدٌّ من مخالفة النظائر والقواعد لاختصاص الواقعة بما يقطعها عنها – فالاقتصارُ في ذلك على الأقلّ مُتَعَيِّنٌ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٤٣ / أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فالظاهر البطلان » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

صاحب « التقريب » وقال : لو كان مذبوحًا يَسْوى [١] ثمانيةً ، فيلزمه الثمانيةُ ، ولكن الدرهم الذي نقص بالذبح ينبغي أن يُعْتبر فيه شركة المالك ؛ فإنَّ فِعْلَ المالك إن لم يعتبر في الإفساد ، فيعتبر في الذبح ، فإنه شريك في الذبح . وهو [٢] استدراكٌ حَسَنٌ [٣] .

الحالة الثانية : أن يُصِيبا معًا ، فالصيدُ بينهما إن تَسَاوَيَا في التذفيف والإزمان أو عدمه . وإن كان أحدهما لو انفرد لأزمن ، والثاني لم يزمن : قال الصيدلاني : فالصيد لمن يُزْمِن ولا ضمان على الثاني ، لأنه لم تتأخر الجراحة عن الملك .

ولو كان أحدهما مذففًا ، والآخر مزمنًا . فهو كما لو كان مذففين أو مزمنين فهو لهما ؛ إذ لكلٍّ واحدٍ علةٌ مستقلة بالتملك .

وإن احتمل أن يكون الإزمان بهما أو بأحدهما ، فإن كان بأحدهما ولا يدري بأيهما ، فالصيد بينهما ، ولكن لابد أن يستحل أحدُهما الآخر ؛ تباعدًا عن الشبهة .

ولو علمنا [٤] أن أحدهما مُذَفّف ، وشَكَكْنا في الآخر : قال القفال : هو بينهما . وزاد فقال : « في مثل هذه الصورة يجب القصاصُ على الجارِحَيْن » . وهذا في القصاص بعيدٌ مع الشبهة والحق ها هنا أن النصف للمذفف يقينًا ، والنصف الآخر موقوف بينهما ، فإن أَيِسْنَا عن التبيين ، فالوجهُ : قسمةُ النصفِ الآخر حتى يفوز المذففُ بثلاثة أرباع الصيد [٥] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « يساوي » . (٢) في (ب) : « وهذا » .

(٣) قال ابن الصلاح : « شَرْحُ ما ذكره من استدراكِ صاحب « التقريب » أنه حيث يختص بالضمان إذا كانت قيمة الصيد المزمن عند جنايته – تسعةً ، فقد قالوا : عليه جميع التسعة من حيث إن الإفساد حصل بجنايته ، وقيمتُه عند جنايته تسعةً ، وجراحةُ الأول إصلاحٌ ، فلا يُضَاف إليها شيء ، فاستدرك صاحب « التقريب » عليهم وصار إلى أنه تُعتبر قيمته مذبوحًا ، فإذا قيمتُه مذبوحًا ثمانية ، فالواجبُ على الثاني ثمانيةٌ ونصفٌ ؛ من حيث إنه يُحتسب شركةُ الأول في جهة الذبح وإن لم يحتسب في جهة الإفساد ، وقد نقص بالذبح عن قيمته مُزْمَنًا حَيًّا – درهمٌ . والأولُ المالكُ شريكٌ له في الذبح لحصول الموت بجرحهما ؛ فيسقط نصفُ الدرهمِ – لذلك – عن الثاني ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٣ / أوما بعدها) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وإن علمنا » .

(٥) قال الحموي : « قوله فيه : (وإن علمنا أن أحدهما مذفف وشككنا في الآخر قال القفال : « هو بينهما » وزاد وقال – في مثل هذه الصورة : « يجب القصاص على الجارحين » وهذا في القصاص بعيد مع الشبهة . والحق هاهنا =

الحالة الثالثة : عَلِمْنا تعاقُبَ الجرحين ، وأحدُهما مزمنٌ والآخرُ مُذفِفٌ ، ولا نَدري سَبْق الإزمان ، فحرم بالتذفيف بعده ، أو [هو] (١) أو بالعكس : ففيه طريقان (٢) :

أحدهما : القطع بالتحريم ؛ تغليبًا / للحظر . ٢٧٣/ب

= أن النصف للمذفف يقينًا دون الآخر ؛ فإنه موقوف بينهما ... إلى قوله : والوجه قسمُ النصف الآخر حتى يقوم المذفف بثلاثة أرباع الصيد) .

قلت : المنقول عن الأصحاب وجهان فيها : أحدهما : ما ذكره القفال ، والثاني : أن يكون الجميع للمذفف يقينًا دون الآخر . أجرى ذلك ما لو تيقَّن الطهارةَ وشكَّ في الحدث ، فإنه يبني على الطهارة ، وإذا كان كذلك كان ما ذكره الشيخ مناقضًا لما ذكر في معظم الكتب ، ومن حيث إنه جعل الشكَّ مقاومًا لليقين وهو مرجوح كما لا يخفى .

قلت : لعل الشيخ اطلع على ذلك في بعض الكتب فذكره وهو محتمل ، ثم أقول : ما ذكره الشيخ وإن لم يكن منقولا فهو متجه لقائل وهو أوجه من الوجه الذي ذكره القفال ، فإنَّا لو علمنا بما ذكره القفال كان بينهما نصفين مع جواز أن يكون الكلُّ لأحدهما ويكون في يد الآخر الربعُ ، وعلى تقدير أن يكونا مُذَفِّفين يكون النصفُ يقينًا للمذفف ويكون النصفُ الآخر - وهو الربع - له أيضًا ، وعلى كلا التقديرين يكون لمن علمنا تذفيفَه ثلاثةُ أرباع له ويبقى ربع في يد الآخر ، وإذا كان كذلك كان أحدهما ظالمًا لا محالة بنصف ، وإذا ثبت هذا كان ما ذكره الشيخ أقربَ من حيث إنه بذلك يخرج عن عُهْدَةِ الظلم في البعض ، فعلى هذا يكون ما ذكره الشيخ ينبغي أن يستحل كلُّ واحد منهما صاحبه في الربع ، وعلى ما ذكره القفال يستحل صاحبَه في النصف ، وما ذكره الشيخ أولى وهو متوسطٌ بين الوجهين وهو متوجه جدًّا ، وإن لم يكن في معظم الكتب ، فإنه ذكر ذلك بطريق النظر ، وبه خرج الجواب .

فإن قيل : المنقول في الوسيط : (أنه يجب أن يستحل صاحبه) وفي الوجيز : (يستحب ذلك) لمن يتأمل ما ذكره ، وإذا كان كذلك كان بينهما نوعُ مناقضة كما لا يخفى .

قلت : أمكن أن يجاب عنه بأن يقال : ما ذكر فيهما ينبني على قاعدة ذَكَرَها الأصحاب ، وذلك أنه إذا اجتمع أصلٌ وظاهر كان فيه خلاف ، وفي مسألتنا كذلك فإنَّا إن راعينا براءة الذمة فالمستحب أن يستحل أحدهما الآخر ، وإن راعينا ظهور شغل الذمة ، فالواجب أن يستحل أحدهما الآخر ؛ إذ احتمالُ الشغل قائمًا لا سيما في حق المشكوك في تذفيفه ، وإذا كان كذلك لم يكن ما ذكره الشيخ مخالفًا ، وكان ما ذكره في الوجيز محمولًا على المعنى الأول ، وما ذكره في الوسيط محمولًا على المعنى الثاني ، وبه خرج الجواب » . إشكالات الوسيط (ق ١٨٤/ب - ١٨٦ /أ) .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فطريقان » .

والثاني : طردُ القولينِ كما في مسألة الإنماء [١] .

والأصحُّ الأول ، أما في مسألة الإنماء فلم نشاهد إلا السببَ المحلِّل ، والآخرُ مَوْهُومٌ . وأما هاهنا فليس كذلك .

الحالة الرابعة : تَرَتُّبَ الجرحانِ ، وحصل الإزمانُ بهما ، قال الصيدلاني : « الصيد » [٢] بينهما » . وهو القياسُ . وقال غيره : هو للثاني ؛ إذ حصل الإزمانُ عقيبه ، والأولُ ساعٍ لقاعد ، فعلى هذا لو عاد الأولُ وجَرَحَ ثانيًا : فجرحُه الأولُ مُهْدَرٌ ، وجرحُه الثاني مضمنٌ ، وقد فسد الصيدُ بالجراحات الثلاث كلها ، ففي قدر الواجب طريقان :

أحدهما : أنه [٣] يجب قيمةُ الصيد وبه الجراحةُ الأولى ؛ فإنه هدر ، والجراحة الثانيةُ فإنها من المالك .

ومنهم من قال : هو كما لو جرح عبدًا مرتدًا فأَسْلَم ، فجرحَه سيِّدُه ، ثم عاد الأولُ وجَرَح ثانيًا ، ففيما يلزمه وجهان :

أحدهما : ثلث الدية ؛ توزيعًا على الجراحات .

والثاني : رُبعُها ، توزيعًا على حالة الإهدار والعصمة .

ثم قسمة حصة العصمة على الجراحتين ، وقد ذكرنا ذلك في القصاص فكذلك هاهنا ، والله تعالى أعلم .

* * *

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (كما في مسألة الإنماء) هي التي يُرْوى فيها عن ابن عباس (رضي الله عنهما) أنه قال : « كُلْ ما أَصْمَيْتَ ودَعْ ما أَنْمَيْتَ » فالإنماءُ أن تُصيب الصيدَ ، ثم يغيب عن بصرك ثم تدركه ميتًا . والإصماءُ أن يأخذ الكلبُ – مثلًا – الصيدَ ، وأنت تراه وتَلْحقه وقد قَتَله . والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٤٤ / ب) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) كلمة : « أنه » ليست في (أ) ، (ب) .

كتاب الضحايا (١)

(١) الأضحية فيها لغات ، ومنها : أُضحية ، وإِضحية ، والجمع : أضاحي . وضَحِيّة ، وجمعُها : ضحايا . وأَضحاة ، وجمعها : أَضحى ، وبها سُمّي يوم الأضحى .

والأضحية في اللغة : اسم لما يُذْبح أيامَ الأضحى ، من تسمية الشيء باسم وقته وشرعًا : ذبح حيوان مخصوص بنية القربة في وقت مخصوص . أو هي ما يُذْبح من النَّعَم تقربًا إلى الله في أيام النحر . انظر : تصحيح التنبيه ص (٥٨) . القاموس المحيط ص (١٦٨٢) مادة (ض ح و) . مغني المحتاج (٤ / ٢٨٢) . حاشية ابن عابدين (٦ / ٣١١) .

الضحايا من الشعائر والسنن المؤكدة [١] ، فالضحيةُ بذبح شيء من النَّعَم يومَ النحر وأيامَ التشريق . قال رسول الله ﷺ : « عَظِّموا ضحاياكم ؛ فإنها على الصراط مَطَاياكم » [٢] .

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : تجب على كلّ مقيمٍ مَلَكَ نِصابًا .

وعندنا لا تلزم إلا بالنَّذْر ، أو بأن يقول : جعلتُ هذه الشاةَ أُضحيةً . ولو اشتراها بنية الضحية لم تلزمْه بمجرد النية [٣] .

ثم من عَزَم على التضحية ، يُستحبُ له أن لا يحلق ولا يَقْلِم في عشر ذي الحجة [٤] ، لا

---

(١) في (أ) ، (ب) : « المذكورة » .

(٢) قال ابن الصلاح : « حديث : (عظموا ضحاياكم ؛ فإنها على الصراط مطاياكم) حديثٌ غير معروف ولا ثابت فيما عَلِمْناه ، والله أعلم . وقد قال شيخه [يعني إمام الحرمين] في تفسيره : قيل : تُهَيَّأ مراكب للمضحي يوم القيامة وقيل : المراد أن التضحية بها يسهل الجواز على الصراط ، والله أعلم » . مشكل الوسيط لابن الصلاح (جـ٢ ق ١٤٥ / أ) . وانظر التلخيص الحبير (٤ / ١٥٢) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن التضحية سُنة مؤكدة ، وشِعَارٌ ظاهرٌ ، ينبغي لمن قدر أن يحافظ عليها . وهو مذهب المالكية والحنابلة ، وفي مذهب الإمام مالك قوله بأنها واجبه على من وجد سعة من الرجال والنساء . انظر : الأم (٢/٢٢١) . التنبيه للشيرازي ص (٥٨) . الروضة (٣/١٩٢) . الغاية القصوى (٢/٩٧٩) . الكافي (١٧٣) . القوانين الفقهية ص (١٩١) الخرشي على مختصر خليل (٣/٣٣) . الشرح الكبير (٢/١١٨) . المقنع ص (٨٥) . زاد المستقنع ص (٥٦) . الدليل ص (١٢١) . بداية المجتهد (١/٤٥٩) . رحمة الأمة ص (١١٧) .

ومذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أنها واجبة على المقيمين الواجدين من أهل الأمصار وغيرهم ، ولا تجب على المسافرين . وخالف أبا حنيفة في ذلك صاحباه أبو يوسف ومحمد ، فقالا بأنها سُنَّة . انظر : مختصر الطحاوي ص (٣٠٠) . طريقة الخلاف ص (٢٨٨) . المبسوط (١٢/٨) . نتائج الأفكار (٩/٥٠٩) .

(٤) وفي ذلك حديث رواه مسلم في صحيحه (٣ / ١٥٦٥) (٣٥) كتاب « الأضاحي » (٧) باب « نَهْي من دخل عليه عَشْرُ ذي الحجة وهو يريد التضحية ، أن يأخذ من شعره أو أظافره شيئًا » حديث (١٩٧٧) بإسناده عن أم سلمة أن النبي ﷺ قال : « إذا دخلت العشر ، وأراد أحدكم أن يُضَحّي ، فلا يَمَسَّ من شعره وبَشَره شيئًا » . وفي رواية أخرى « فلا يَأْخُذَنَّ شعرًا ولا يَقْلِمَنَّ ظُفرًا » .

للتشبيه بالحج [١] ؛ فإنه لا يمتنع من الطيب [٢] ، لكن على أكمل أجزائه ؛ إذْ قال [٣] عليه السلام : « أَكْبِرْ ضحيتَك يُعْتِقِ اللّٰهُ بكل جزء منها جزءًا مِنْكَ من النار » [٤] .

والنظر في أركان التضحية وأحكامِها . والأركانُ أربعة : الذَّبيح ، والذابح ، والذبْح ، والوقت .

الركن الأول : الذبيح [٥] . النظرُ في جنسه ، وصفته ، وقدره :

أما الجنس ، فلا يُجْزئ إلا النَّعَم ، وهو الإبل والبقر والغنم [٦] . وأما السِّنُّ فهو الجَذَعةُ من الضأن ، وهي التي استكملت سنةً وطعنت في الثانية . والثَّنِيَّةُ من المعز والبقر ، وهي التي طعنت في الثالثة . والثَّنيُّ من الإبل ، وهي التي في السادسة ، وهذه الأسنانُ فيها بلوغُ هذه الحيوانات ، فإنها لا تحمل [٧] ....

---

(١) في (أ) ، (ب) : « لا للتشبُّه بالحج » .

(٢) في (أ) : « فإنه لا يمتنع الطيبُ » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وقال » .

(٤) قال ابن الصلاح : « هذا حديث غير معروف ، ولم نجد له سندًا يثبت به » وفي حكم المسألة حديث صريح صحيح ، وهو ما رويناه في صحيح مسلم عن أم سلمة (رضي الله عنها) ... » المشكل (ق ١٤٥/أ) .

قلت: وقد ورد معنى هذا الحديث في « العتق » ، وهو ما رواه الترمذي في سننه (٤ / ١٠٠)(٢١) كتاب « النذور والأيمان » (١٩) باب « ما جاء في فضل من أعتق » حديث (١٥٤٧) بإسناده عن أبي أمامة عن النبي ﷺ قال : « أَيُّما امرىء مسلمٍ أَعتق مسلما ، كان فِكاكَه من النار ، يجْزِي كلُّ عضو منه ، عضوًا منه ... » الحديث ، وقال الترمذي : هذا حديث صحيح غريب من هذا الوجه . قلت : وللحديث شاهد رواه أبو داود (٤ / ٢٧٥) حديث (٣٩٦٧) ، وابن ماجه (٢ / ٨٤٣) حديث (٢٥٢٢) من حديث كعب بن مرة .

(٥) الذَّبيح : على زنة « فعيل » بمعنى مفعول ، أي : مذبوح .

(٦) وهذا متفق عليه بين أهل العلم كما في بداية المجتهد (٥٠١/١) . وشرح السنة (٣٢٩/٤) .

(٧)في (أ) : « فإنها لا تحبل » .

ولا تَنْزُو قبلها (١) ، وقد ورد الخبر بها (٢) . ويستوي الذكرُ والأنثى بالاتفاق .

وأما الصفات ، فلا يُجْزِىء الناقصُ . والنقصان ينقسم إلى نقصانِ صفةٍ (٣ ، وإلى نقصانِ جُزءٍ ٣) أما نقصان الصفة ، فقد قال عليه السلام : « أربعٌ لا تُجْزِيء : العوراء البيِّنٌ عَوَرُها ، والعرجاءُ البيّن عرجُها ، والمريضةُ البيّن مرضُها ، والعَجْفاء التي لا تُنْقِي » (٤) أي لا نِقْيَ لها ، وهو المخ . ونهى عن الثَّوْلاء (٥) ، وهي المجنونة التي تستدير في المرعى ولا ترعى ، فلابُدّ من بيان هذه الصفات .

أما المرض إذا (٦) لم يُفضِ بَعْدُ إلى الهزال ، لكنه في الابتداء : فالظاهر المنع ؛ للحديث . وفيه

---

(١) أي أنه في هذه السّنّ يمكن لهذه الحيوانات أن تحمل الإناث منها ، ويمكن للذكران أن يَنْزُوا ، أي يَثِبُوا على الإناث . والاسمُ : النِّزَاءُ . انظر : مختار الصحاح ص (٦٥٦) . المصباح المنير (٢ / ٩٢٨) .

(٢) روى مسلم في صحيحه (٣/١٥٥٥) (٣٥) كتاب « الأضاحي » (٢) باب « سِنّ الأُضحية » بإسناده عن جابر بن عبد الله مرفوعًا : « لا تذبحوا إلا مُسِنَّة ، إلا أن يَعْسُرَ عليكم ، فتذبحوا جَذَعَةً من الضَّأْن » .

(٣) في (أ) : « ونقصان جزء » .

(٤) حديث حسن صحيح : رواه أبو داود (٣ / ٢٣٥) (١٠) كتاب « الضحايا » (٦) باب « ما يكره من الضحايا » حديث (٢٨٠٢) . ورواه الترمذي (٤ / ٧٢) (٢٠) كتاب « الأضاحي » (٥) باب « ما لا يجوز من الأضاحي » حديث (١٤٩٧) . والنسائي (٧ / ٢١٤) كتاب « الضحايا » باب « ما نُهِي عنه من الأضاحي العوراء » . ورواه أحمد في مسنده (٤ / ٢٨٤) حديث (١٨٥٣٣) جميعًا من طرق عن شعبة عن سليمان عن عبيد عن البراء مرفوعًا به . قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح .

وقوله : « العَجفَاء التي لا تُنْقِي » أي : الهزيلة التي ما بقي لها مُخ من ضَعْفها وهُزَالها . ويقال : أَنْقَت الإبلُ وغيرها : أي سَمِنت وصار فيها نِقْيٌ . يقال : هذه ناقة مُنْقِيَةٌ ، وهذه لا تُنْقِي . انظر : مختار الصحاح ص (٤١٥) ، (٦٧٨) . القاموس المحيط ص (١٠٧٩) . طلبة الطلبة ص (٢١٧) . النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير (٣ / ١٨٦) .

(٥) الثَّوَل : هو استرخاءٌ في أعضاء الشاة خاصة بسبب داء يُشْبه الجنون ، فلا تتبع الغنمَ ، وتستدير في مرتعها ولا تَرْعي . انظر : مختار الصحاح ص (٩٠) . المصباح المنير (٢ / ١٣٩) مادة (ث و ل) . طلبة الطلبة ص (٢١٧) . النهاية لابن الأثير (١ / ٢٣٠) .

وقال ابن الصلاح : « قولُه : (ونهى عن الثولاء) لم أجده ثابتًا » . مشكل الوسيط (جـ٢ ١٤٥ / ب) .

(٦) في (ب) : « فإن » .

وجه : أنه [١] إنما يؤثر إذا ظَهر بها الهزالُ . والجرباءُ إن كثر جربها وفسد اللحم : فيمنع ، ومبادئه لا يؤثر [٢] .

وأما العرج ، فأدنى درجاته ما يمنع من كثرة [٣] التردد في المرْعَى ، وما دون ذلك لا يمنع . ولو انكسر رجلُها [٤] ، وقد أُضْجعت للتضحية باضطرابها ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا تجزىء ؛ للحديث [٥] .

والثاني : تجزيء ؛ لأن ما يكون من مقدمات الذبح لايُعتبر .

وأما العَوَرُ ، فلا يقدح ما دامت ترى بالعينين وإن كان عليها سواد [٦] . فإن زالت الرؤية بالفقء فلا تجزىء . وإن كان مع بقاء الحدقة ، فالظاهرُ المنعُ ؛ للحديث . وقال أبو الطيب بن سلمة [٧] : فإنه لا يؤثر في الهزال ، ولا في ظاهر الصورة . ويلزمه العمياء [٨] أيضًا ، إلا أنَّ العمى يؤثر في الهزال عى قُرْبٍ ، بخلاف العوراء [٩] .

وأما العجفاء ، فهي التي يأباها المترفهون في حالة رخاء الأسعار ولر كاكِة لحمها . وقيل : لا يؤثرذلك [١٠] .

---

(١) كلمة : « أنه » ليست في (أ) ، (ب) .

(٢) في الروضة (٣ / ١٩٤) أن الجرب يمنع الإجزاء ، كثيره وقليله ، كذا قاله الجمهور ، ونصّ عليه في الجديد .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ما يمنع كثرة ... » بدون كلمة « مِنْ » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لو انكسرت رجلها » .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح ؛ لأنه لا يشبه ما لو انكسرت رجلُ شاةٍ فبادر إلى التضحية بها ، فإنها لا تُجْزي . انظر الروضة (٣ / ١٩٥) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (مادامت ترى بالعينين ، وإن كان عليها سواد) إنما يقال في هذا : عليها بياض ، وكأنه أراد : فيهما سواد ، أي ظُلْمَة والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٥ / ب) .

(٧) انظر ترجمته في القسم الدراسي .

(٨) في الأصل : « بالفَقْء » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٩) في (أ) : « بخلاف العور » .

(١٠) في (أ) : « وقد قيل : لا تؤثر » .

وأما الثولاء[1] ، فإنها لا تجزىء ؛ لأنه يؤثر في الهزال على قرب ، وللتعبُّد أيضًا . وأما الأنثى والفحل - وإن كثرت ولادتها ونَزَوَانُها[2] - فتجزىء إلا أن يتفاحش الهزالُ به . ولا يمنع منه كونُ لحمِه مُستكرهًا .

وأما الخَرْقاء والشَّرْقاء والمقُابَلَة والمُدَابَرَة ، فقد نهى عنها عليٌّ (رضي الله عنه)[3] وقال : « أُمِرْنا باستشراف العين والأذن »[4] ، أي بتأمُّلها وطَلَبِ سلامتها .

والخرقاءُ / هي المخروقة الأذن ، والشَّرْقاء هي المشقوقة الأذن ، والمقابلة [هي][5] التي قُطِعت ٢٧٤/أ فلقةٌ من أذنها فتدلَّتْ من قُبَالة أذنها[6] ، والمدابَرَةُ ما تدلت من دُبُرِ أُذنها ، وفي جملة ذلك طريقان :

أحدهما : أن فيه وجهين :

أحدهما : الجواز ؛ للقياس[7] .

والثاني : المنع ؛ لِنَهْيِ عليٍّ (رضي الله عنه)[8] .

---

(١) وهي المجنونة . انظر طلبة الطلبة ص (٢١٧) .

(٢) في (ب) : « ونَزَوَانه » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (فقد نهى عنها عليٌّ رضي الله عنه) هذا تقصير ؛ إذ جعلَه موقوفًا ، وهو مرفوع ... » مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٥ / ب) .

(٤) حديث حسن صحيح : رواه أبو داود (٣/٢٣٧) (١٠) كتاب « الضحايا » (٦) باب « ما يُكْره من الضحايا » حديث (٢٨٠٤) بإسناده عن علي (رضي الله عنه) قال : أمرنا رسول الله ﷺ أن نستشرف العين والأذنين ، ولا نُضَحّي بعوراء ، ولا مقابلة ، ولا مدابرة ، ولا خرقاء ، ولا شرقاء ... » ورواه الترمذي (٤ / ٧٣) (٢٠) كتاب « الأضاحي » (٦) باب « ما يكره من الأضاحي » حديث (١٤٩٨) . ورواه النسائي (٧ / ٢١٦) كتاب « الضحايا » باب « المقابلة » وهي ماقطع أذنها . ورواه ابن ماجه (٢ / ١٠٥٠) (٢٦) كتاب « الأضاحي » (٨) باب « ما يكره أن تُضحى به » حديث (٣١٤٣) . ورواه أحمد في مسنده (١ / ١٠٨) حديث (٨٥١) جميعا من طرق عن علي مرفوعًا به . وقال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « من قبالة الأذن » .

(٧) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (٣ / ١٩٦) . الغاية (٢ / ٩٨٠) .

(٨) في (ب) : « النهي ، لمنع علي رضي الله عنه » .

ومنهم من قال : جميعُ ذلك يجزىء [١] ، إلا إذا قُطع معظمُ الأذن ، أو القدر الذي يظهر على بُعْدٍ ، فذلك نقصانٌ في عضو يُقْصَد أَكْلُه ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن المصلومة والمستأصلة [٢] .

وإن قُطع [قدر] [٣] يسير من الأذن فوجهان [٤] وقدر أبو حنيفة (رضي الله عنه) بثلث الأذن ، وقدر أبو يوسف (رحمه الله) بالنصف [٥] . وللشافعي (رضوان الله عليه) اختلافُ نصٍّ في التي لا أُذن لها ؛ فقيل : إن كان صغيرًا في الخِلْقة جاز ، وإن كانت سَكَّاء فلا [٦] .

فأما نقصان الأجزاء ، فلها صور [٧] :

---

(١) في (أ) : « لا يجزىء » وهو خطأ .

(٢) الحديث رواه أبو داود في سننه (٣/٢٣٦) (١٠) كتاب « الضحايا » (٦) باب « ما يكره من الضحايا » حديث (٢٨٠٣) بإسناده عن عتبة بن عبد السلمي قال : « إنما نهى رسول الله ﷺ عن المُصْفَرَة ، والمُسْتَأْصَلة ، والبَخْقَاء ، والمشَيّعَة ، والكسراء » .

والمصفرة : التي استؤصل أذنها حتى يبدو سِمَاخُها . والمستأصلة : التي استؤصِلَ قَرْنُها من أصله . والبخقاء : التي بَخِقَتْ عينُها أي : فُقِئَتْ . والمشيعة : التي لا تتبع الغنم عَجَفًا وضعْفا . والحديث سكت عنه أبو داود .

وقال الخطابي : « إنما سُميت الشاة التي استؤصلت أذنها ، مُصْفَرَة ؛ لأن الأذن إذا زالت صَفِرَ مكانها ، أي : خلا . والمشيّعَة : التي لا تلحق الغنمَ لِضَعْفِها وهزالها ، فهي تشيعها مِنْ ورائها . وبَخَقُ العينِ : فقؤها » انظر حاشية سنن أبي داود (٣ / ٢٣٧) .

والمصلومة : المستأصلة الأذن . قاله ابن الصلاح في مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٦ / أ) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) والأصح أنه يُجْزِىء كما في الغاية القصوى (٢ / ٩٨٠) .

(٥) انظر في ذلك : المبسوط (١٢ / ١٥ ، ١٦) . نتائج الأفكار (٩ / ٥١٥) . وفي مختصر الطحاوي ص (٣٠٣) أن أبا يوسف قال : فذكرتُ قولي هذا لأبي حنيفة فقال : « قولي مِثْلُ قولك » قال الطحاوي : وبه نأخذ .

(٦) قال ابن الصلاح : « أراد بالسَّكَّاء ، التي لا أُذُنَ لها ، وهو صحيح من حيث اللغة ؛ فإنه مشترك ، يقال ذلك للصغيرة الأذنين ، ويقال أيضًا للتي لا أُذُنَ لها ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٦ / أ) .

(٧) في (أ) : « فَلَه صور » .

الأولى : ما يقتطعه الذئب من فخذ الشاة فيمنع الإجزاء ؛ لأنه عضو أصليّ . ولو اقتلع أليته ، فوجهان [١] . ولو لم تكن [لها] [٢] أَلْية في الخِلْقة ، فوجهان مرتبان ، وأولى بالجواز [٣] . ووجه الجواز : أن المعز لا أَلْيَةَ له [٤] ويُجْزىء ، ولكن قد يُجاب بأن كثرة شحمه بَدَلٌ عنه .

الثانية : الصغيرة الضرع تُجزِىء ، وفي المقطوعة طريقان :

أحدهما : أنه كالأَلْيَة [٥] .

والآخر : أنه تُجزىء ؛ لأنه ليس من الأطايب المقصودة فهو كالخصاء [٦] ، فإنه لا يمنع الإجزاءَ قطعًا [٧] .

الثالثة : نُقصانُ القرن وانكسارُه لا يؤثر ، وكذا تناثرُ الأسنان ؛ إذْ لا يؤثر في اللحم [٨] ، ولم يرد فيه حديثٌ ، بخلاف الأذن . وقيل : إنْ تناثَر جميعُ الأسنان لا يجزىء ، وإنْ تناثَرَ بعضُه أجزأ ، وهو بعيد .

وأما القَدْر ، فالشاة لا تجزىء إلا عن واحد [٩] . ولو اشترك اثنان في شاة لم يُجْزِ . نعم ، قال رسول الله ﷺ لما ضحَّى : « هذا عن محمد وأُمَّة محمد » [١٠] وهذا اشتراكٌ في الثواب ، وهو

(١) والمذهب أنه لا تجزىءُ . انظر الروضة (٣ / ١٩٦) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) والأصح أنها تجزىء كما قاله الغزالي (رحمه الله) . انظر الروضة (٣ / ١٩٦) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لها » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لا ، كالألية » .

(٦) وفي نسخة أخرى « كالإخصاء » كذا على هامش الأصل .

(٧) في (أ) : « فإنه لا يمنع » بدون قوله : « الإجزاء قطعًا » .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذ لا يؤثر في اللحم) يُفْهم منه أنه لو أثر في اللحم ، بأن أفضى إلى عَجَفٍ بين : منع ، وقد صرح بذلك شيخه . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٦ / أ) .

(٩) وهذا متفق عليه بين أهل العلم . انظر بداية المجتهد (١ / ٥٠٥) . رحمة الأمة ص (١١٩) .

(١٠) الحديث رواه أبو داود (٣ / ٢٤٠) (١٠) كتاب « الضحايا » (٨) باب « في الشاة يضحى بها عن جماعة » حديث (٢٨١٠) بإسناده عن جابر بن عبد الله قال : شهدتُ مع رسول الله ﷺ الأضحى بالمصلى ، فلما قضى خطبته ، نزل من منبره ، وأُتِيَ بكبش ، فذبحه رسولُ الله ﷺ بيده ، وقال : « بسم الله والله أكبر ، هذا عنّي وعمن =

جائز . ولو اشتركا في شاتين مَشَاعَيْنِ منهما [١] ، فوجهان . والبَدَنةُ تجزئ عن سبعة ، وكذا البقرة . ولو وَجَب عليه سَبْعُ شِيَاهٍ بأسباب مختلفة أجزأه بدنةٌ أو بقرةٌ ، إلا أن يكون من جزاء الصيد ، إذْ يُرَاعى فيه مشابهةُ الصُّورة ، فلا تُجزِىء البدنة عن سبع ظباء .

ولا يُشْترط في الاشتراك في البدنة والبقرة أن يكونوا من أهل بيت واحد [٢] ، خلافًا لمالك (رحمه الله) [٣] . ولا أن يكونوا بأجمعهم مُتَقَرِّبين خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [٤] . لكن من

= لم يُضَحِّ من أمتي » . ورواه الترمذي (٤ / ٨٥) (٢٠) كتاب « الأضاحي » . حديث (١٥٢١) . ورواه أحمد في مسنده (٣ / ٣٥٦) حديث (١٤٨٨٠) جميعا من طرق عن عمرو بن أبي عمرو عن المطلب عن جابر به . وقال الترمذي : هذا حديث غريب ، وقال ابن الصلاح : « ما ذكَره من تضحية رسول الله ﷺ عنه وعن أمته ، ثابتٌ من حديث جابر وغيره » مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٦ / أ) .

(١) في (أ) ، (ب) : « بينهما » .

(٢) كلمة : « واحد » ليست في (أ) ، (ب) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه لا يشترط - في الاشتراك في الأضحية - أن يكونوا من أهل بيت واحد ، بل يستوي في ذلك أهلُ البيت الواحد ، وأهل القبائل المتفرقين . وهو مذهب الحنفية أيضًا . انظر : (١٢ / ١١) . الهداية مع تكملة فتح القدير (٩ / ٥١١) .

ومذهب المالكية : أنه يُشترط في الاشتراك في ثمن الأضحية - بقرةً أو بدنةً - ثلاثةُ شروط :

(أ) أن يسكن معه في موضع واحد .

(ب) أن يكون قريبًا .

(جـ) أن يكون تحت نفقته . انظر : الكافي ص (١٧٤) . القوانين ص (١٩١) . الشرح الكبير (٢ / ١١٩) . الخرشي على مختصر خليل (٣ / ٣٤) .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه لا يشترط أن يكون المشتركون في الأضحية جميعًا متقربين بها إلى الله - عز وجل - بل يجوز أن يكون جميعهم متقربين بقربة متفقة أو مختلفة ، واجبة أو مستحبة ، أو كان بعضهم يريد اللحم . انظر : التنبيه ص (٥٨) . شرح السنة (٤ / ٣٥٦) . الروضة (٣ / ١٩٨) .

ومذهب الحنفية : أنه إذا كان في السبعة المشتركين في البدنة أو في البقرة ، من يريد نصيبه لحمًا ، لم تجزئ عن واحد منهم . وإنما تجزئ إذا كانت كلُّها لله - عز وجل - وإن كانت تُرَادُ منهم لوجوهٍ شتَّى من أسباب الحج وأسباب الضحايا . =

يطلب اللحمَ يُقَاسم إذا قلنا : القسمةُ إفرازٌ ، وإن قلنا : إنها بَيْعٌ ، فوجهان ، ووجهُ الجوازِ : الحاجةُ

هذا بيان الواجب . أما الاستحبابُ ، فالضأنُ أحبُّ من المعز ، وسَبْعٌ من الغنم أحبُّ من بقرة وبَدَنةٍ ، والبدنةُ أحبُّ من البقرة ، والأبيضُ أحبُّ من الأسود [(١)] ، وفي الخبر : « لَدَمُ عفراء أحبُّ عند الله من دم سَوْدَاوَيْنِ » [(٢)] . وقال الشافعي (رضي الله عنه) : « الأُنثى أَحبُّ من الذكر » فقيل : أراد به في جزاء الصيد ، إذْ يطلب منه القيمة ، وقيمةُ الأنثى أكثرُ ، وإلا فَلَحْمُ الذكرِ أطيبُ ؛ فهو أولى . وقيل : أراد الأنثى التي لم تلد ، فَلَحْمُها أطيبُ من الذكر .

وعلى الجملة : يُستحب استحسانُ الضحية واستسمانُها ؛ تعظيمًا للشعائر ، فإنها من تقوى القلوب ، و ﴿ لَن يَنَالَ ٱللَّهَ لُحُومُهَا وَلَا دِمَآؤُهَا وَلَٰكِن يَنَالُهُ ٱلتَّقْوَىٰ مِنكُمْ ﴾ [(٣)] .

الركن الثاني : الوقت . ولا تُجزىء الضحيةُ إلا في يوم النحر وأيام التشريق . ودماءُ الجبرانات في الحج لا تختصُّ بوقت . وفي منذورات دماء الحج خلافٌ .

ثم النظر في أول الوقت وآخره . وأوَّلُه إذا مضى من يوم النحر بعد طلوع الشمس مِقْدارُ ما تزول كراهيةُ الصلاة وتَسَعُ ركعتين وخطبتين . ثم في وجهٍ : تعتبر ركعتان يقرأ فيهما « ق » و

= وقال زفر : لا يجوز إلا إذا كان قَصْدُهم جميعًا التضحيةَ فقط . انظر : مختصر الطحاوي ص (٣٠٢) . المبسوط (١٢ / ١٢) . العناية على الهداية (٩ / ٥١٧) .

(١) في (أ) ، (ب) : « والأبيض أحب من السواد » .

(٢) حديث حسن : رواه الإمام أحمد في مسنده (٢ / ٤١٧) حديث (٩٣٩٣) بإسناده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « دم عفراء أحبّ إليّ من دم سوداوين » . ورواه الحاكم في مستدركه (٤ / ٢٢٧) بإسناده عن أبي هريرة أيضًا .

وقال ابن الصلاح : « وروي موقوفًا – أيضًا – عن أبي هريرة من قوله : « لَدَمُ بيضاءَ أحبُّ إليَّ من دم سوداوين » وذكر البخاري أنه لا يصح رفعُه إلى رسول الله ﷺ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٦ / أ) . والحديث حسّنه الشيخ الألباني كما في السلسلة الصحيحة (٤ / ٤٧٦) .

(٣) من الآية (٣٧) من سورة (الحج) .

« اقتربت » وخطبتين طويلتين ، كذلك فَعَلَ رسولُ الله ﷺ [1] . وفي وجهٍ : تكفي ركعتان خفيفتان وخطبتان خفيفتان ، لكن لا ينتهي إلى القناعة بأقل ما يجزىء . وقال المراوزة : يُعْتبر في الخطبة الخِفَّة ، وإنما الخلافُ في خِفَّة الركعتين ؛ لقوله (عليه السلام) : « قِصَرُ الخطبةِ وطولُ الصلاة مَئِنَّةٌ عن فِقْه الرجل » [2] . وقيل : الخطبة لا تعتبر أصلاً ؛ لأنه [3] ليس بركن .

وأما آخره ، فغروبُ الشمسِ من آخر أيام التشريق . وتصح التضحية في هذه الأيام ليلًا ونهارًا . وقال مالك (رحمه الله) : لا تجزىء بالليل . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا تُجْزىء في الثالث من أيام التشريق [4] .

---

(١) وهذا الحديث رواه مسلم في صحيحه (٢/ ٦٠٧) (٧) كتاب « صلاة العيدين » (٣) باب « ما يقرأ به في صلاة العيدين » حديث (٨٩١) بإسناده أن عمر بن الخطاب سأل أبا واقد الليثي : ما كان يقرأ به رسول الله ﷺ في الأضحى والفطر ؟ فقال : كان يقرأ فيهما بـ ﴿ ق والقُرآنِ المَجِيدِ ﴾ و ﴿ اقْتَرَبت السَّاعَةُ وانْشَقَّ القَمَرُ ﴾ . ورواه الترمذي (٢ / ٤١٥) حديث (٥٣٤) . والنسائي (٣/ ١٨٣) . وابن ماجه (١/ ٤٠٨) حديث (١٢٨٢) جميعًا من طرق عن أبي واقد الليثي به .

(٢) حديث رواه مسلم في صحيحه (٢ / ٥٩٤) (٧) كتاب « الجمعة » (١٣) باب « تخفيف الصلاة والخطبة » حديث (٨٦٩) بإسناده عن عمار بن ياسر قال : إني سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إنَّ طُولَ صلاة الرجل ، وقِصَرَ خطبته مَئِنَّةٌ مِنْ فقهه ، فأَطيلوا الصلاة ، واقصروا الخطبة ، وإن من البيان لسحرًا » . ورواه أبو داود مختصرًا (١ /٦٦٢) حديث (١١٠٦) بلفظ : « أمرنا رسول الله ﷺ بإقْصَار الخُطَبِ » . ورواه أحمد في مسنده (٤/ ٢٦٣) حديث (١٨٣٤٣) وقوله : « مَئِنَّة » أي : علامة ومَظِنّة ، ودلالة محققة لفقهه ، وأصلها من (إنّ) التي هي للإثبات والتحقيق . انظر مشكل الوسيط لابن الصلاح (جـ٢ ق ١٤٦ / ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لأنها » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه يصح التضحية في أيام التشريق الثلاثة بعد يوم النحر ، ليلًا ، ولكن تكره التضحية والذبح مطلقا بالليل خشية الخطأ في الذبح ، ولأنه قد لا يشهد الأضحيةَ الفقراءُ والمساكين المحتاجون . انظر الأم (٢/ ٢٢٦) . التنبيه ص (٥٨) . الروضة (٣/ ٢٠٠) . الغاية (٢/ ٩٨١) . شرح السنة (٤/ ٣٢٩) . رحمة الأمة ص (١١٧) .

ومذهب الحنفية : أن الأضحية تجزئ في يوم النحر ويومين بعده ، ولا تجزئ في اليوم الثالث بعد يوم النحر . والذبح في الليل جائز مع الكراهة . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : مختصر الطحاوي ص (٣٠١) . المبسوط (١٢/ ٩، ١٩) . نتائج الأفكار (٩/ ٥١٣) . المقنع ص (٨٤) . زاد المستقنع ص (٥٧) . دليل الطالب (١٢٣) . =

ثم من فاته فلا معنى لقضائه ، فإنه لابُدَّ من الصبر إلى العيد / الثاني ، وعند ذلك يقع عن حقِّ ٢٧٤/ب الوقت [١] .

الركن الثالث : الذَّابح . وكلُّ من حَلَّ ذبيحتُه صَحَّ مباشرتُه للتضحية ، لكن لا يتصور الضحيةُ من العبد والمستولدة والمدَبَّر ؛ إذْ لا مِلْك: لهم على الصحيح . ولا تصحُّ من المكاتب بغير إذن سَيِّده ، وبإذنه وجهان .

ولووكل كتابيًّا بذبْحِ الضحية دون النية جاز ، وعليه أن ينوي كما لو وكَّله بأداء الزكاة جاز [٢] إذا نَوى هو .

ويُستحب أن يتولَّى الذَّبْحَ بنفسه [٣] ، فإن عجز فَيَشْهد ضَحيّته وينوي عند الذبح . ولو وَكَّلَ مسلمًا بالذبح والنية ، جاز .

الركن الرابع : في كيفية الذَّبْح . والنَّظَرُ في الواجبات ، والسُّنَن ، وما يخصّ الضحايا .

أما الواجبات [٤] ، فهو التذفيف [٥] بقطع تمام الحلقوم والمريء بآلة - ليس بِعَظْم - من حيوانٍ فيه حياةٌ مستقرة .

= **ومذهب المالكية** : أن الذبح في يوم النحر ويومين بعده ، وأولُها أفضلُها ، ثم الثاني ، ثم الثالث . ولا تجوز التضحيةُ بالليل في يوم النحر أو اليومين بعده . فإن ذبح ليلًا لم تُجْزِه على المشهور في المذهب . انظر : الكافي ص (١٧٦) . القوانين الفقهية ص (١٩٢) . الشرح الكبير (٢ / ١٢٠) . الخرشي على مختصر خليل (٣ / ٣٩) . بداية المجتهد (١ / ٥٠٩) .

(١) قال ابن الصلاح : « هذا في الضحية المسنونة ، أما الواجبة ، إذا فاتت ، فعندنا أنها تقضى بعد وقتها في غير أيامها خلافًا لأبي حنيفة رحمه الله . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٦ / ب) .

(٢) في (ب) : « جائز » .

(٣) ومن الدليل على استحباب تَوَلِّيه الذبْحَ بنفسه ما رواه البخاري في صحيحه (١٠ / ٢٠) (٧٣) كتاب « الأضاحي » (٩) باب « من ذبح الأضاحي بيده » حديث (٥٥٥٨) بإسناده عن أنس قال : ضحَّى رسول الله ﷺ بكبشين أَمْلحين ، فرأيتُه واضعًا قَدَمَه على صِفَاحهما ، يُسمِّي ويُكَبِّر ، فذبحهما بيده » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « أما الواجب » .

(٥) التذفيف : الإجهاز على الذبيحة ، وجَرْحُها جرحًا يُوَحِّي الموت ، والمقصود به الإسراع في الذبح . انظر المصباح المنير (١ / ٣٠٢) . القاموس ص (١٠٤٧) .

أما القطع ، فاحترزنا به عن اختطاف رأس العصفور بِبُنْدُقة ، فإنه لا يبيح [١] . وأما الحلقوم والمريء فظاهران [٢] ، وبِقطْعِهما ينقطع الودجان ، ولكن لو تكلَّف ولم يقطعْهما : جاز . وقال مالك (رحمه الله) : لا يجوز . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : هذه أربعةٌ ، فيكفي قطعُ ثلاثةٍ منها ، ولا يكفي قطعُ اثنين [٣] .

وأما (التمام) فاحترزنا به عما لو بقي من الحلق [٤] جلدة يسيرة فانتهى الحيوان إلى حركة المذبوح ، ثم قطع بعده ، فهو حرام [٥] . ولو قطع من القفا وأسرع حتى لم ينته إلى حركة المذبوح

---

(١) في (أ) ، (ب) : « لا يصح » .

وقال ابن الصلاح : « قوله : (أما القطع ، احترزنا به عن اختطاف رأس العصفور ببندقة ، فإنه لا يُبيح) هذا صحيح ؛ لأن الأختطاف قَلْعٌ لا قَطْعٌ ، وفيه طَرَفٌ من الخنق . وأما قطع الحلقوم والمريء ، ففيه احتراز عما إذا وُجِد القطع ، لكن لا في نفس الحلقوم والمريء ، بأَنْ أَمَرَّ السكينَ فوق الحلقوم والمريء وقطع الرأسَ ، من غير أن يقطع شيئًا من الحلقوم والمريء ، فهذا لا يجزىء ، قَطَع به القفالُ والإمامُ أبوالمعالي والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٦/ب وما بعدها)

(٢) والحلقوم : هو مجرى النفس خروجًا ودخولًا ، والمريء مجري الطعام والشراب وهو تحت الحلقوم ، ووراءهما عرقان في صفحتي العنق يحيطان بالحلقوم ، ويقال لهما : الودجان . انظر الروضة (٢٠١/٢ وما بعدها) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه لابد من قطع الحلقوم والمريء حتى تحل الذبيحة ، ويُسْتحب معهما قطْعُ الودجين ولو تركهما جاز ، ولو ترك من الحلقوم أو المريء شيئًا يسيرًا ، ومات الحيوان ، فهو ميتة . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : التنبيه ص (٥٩) . الروضة (٢٠٢/٣) . الغاية (٩٧٤/٢) المقنع ص (٣١١) . رحمة الأمة ص (١٢٥) .

ومذهب أبي حنيفة : أنه يجب قطع ثلاثة من هذه الأربعة ، وقال أبويوسف : لا بد من قطع الحلقوم والمريء ، فشرط ثلاثًا الحلقوم والمريء وأحد الودجين ، وقال محمد : إنْ قَطَعَ الأكثر من كل واحدة منها ،فذلك يَقوم مقام قَطْعِ الجميع .انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٩٥) . المبسوط (٣/١٢) . نتائج الأفكار (٤٩٣/٩ ، ٤٩٤) .

ومذهب المالكية : أنه يُشْترط قطع الحلقوم والودجين ، ولا يشترط قطع المريء ، قد رُوِيَ اشتراطُ قطعِه عن مالك (رحمه الله) . انظر : الكافي ص (١٧٩) . الخرشي على مختصر خليل (٣/٣) . بداية المجتهد (٥١٨/١) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « الحلقوم » .

(٥) يعني لا يؤكل .

قبل قطع المَذْبَحِ (١) ، فهو جائز (٢) .

وأما (التذفيف) ، أردنا به أنه لو ابتدأ الذبح ، وابتدأ غَيْرُه نَزْعَ الحشوة [منه] (٣) فهو ميتة ، وكذلك كل جرح يقارن الذبح ويؤثر في التذفيف .

أما العظم ، فهو مَنْهيٌّ عنه حتى يَحْرم الصيدُ المجروح بسهمٍ نَصْلُه من العظم (٤) .

وأما الحياة المستقرة فلا بُدَّ منها . ولو أخرجنا شاة من ماء أو تحت هدم وبها حركة المذبوح (٥) ، فلا نُبيح (٦) ذَبْحَها . فلو شككنا في أن حياتها كانت مستقرةً أم لا ، فالوجْهُ تغليبُ التحريم . فإن غلَبَتْ على الظنّ - بعلاماتٍ - استقرارُ حياته : حلَّ ، وقال المزني (رحمه الله) : من علامته أن يتحرك بعد الذبح . وقيل : أن ينفجر الدمُ (٧) ، وليست هذه علامات قاطعة ، فقد تخرج حشوة

---

(١) في (أ) ، (ب) : « المذبوح » .

(٢) ولكنه يعصى لزيادة إيلام الذبيح بقطعه بهذه الكيفية . انظر الروضة (٣/٢٠٢) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) يعني أن العظم منهيٌّ عن الذبح به والدليل على ذلك مارواه البخاري في صحيحه (٩/٥٤٦) (٧٢) كتاب « الذبائح والصيد » (١٨) باب « ما أنهر الدم من القصب والمروة والحديد » . حديث (٥٥٠٣) بإسناده عن عباية بن رفاعة عن جده أنه قال : يا رسول الله ، ليس لنا مُدَى ، فقال : « ما أَنْهَرَ الدمَ وذُكِرَ اسْمُ اللهِ ، فَكُلْ ، ليس الظُّفرَ والسِّنَّ ؛ أما الظفرُ فَمُدَى الحبشة ، وأما السِّنُّ فعظْمٌ ... » . ورواه مسلم (٣/١٥٥٨) (٣٥) كتاب « الأضاحي » (٤) باب « جواز الذبح بكل ما أنهر الدم إلا السن والظفر وسائر العظام » حديث (١٩٦٨) . ورواه النسائي (٧/ ٢٢٦) كتاب « الضحايا » باب « في الذبح بالسّنّ » جميعًا من طرق عن عباية بن رفاعة عن جده رافع بن خديج مرفوعًا به .

(٥) قال ابن الصلاح : « حركة المذبوح ، هي الحركة القوية ، والاضطراب الشديد ، فإذا وُجِدَ ذلك بعد قطع الحلقوم والمريء ، تَبَيَّنَّا مصادفة الذبح للحياة المستقرة . وإن لم توجد بعد الذبح تبيّنّا عدمَها من قبل . هذا ما اعتمده المزني وطوائفُ من الأصحاب » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٧/أ) .

(٦) في (ب) : « فلا يصح » .

(٧) قال ابن الصلاح : « قول صاحب الكتاب : (وقال المزني : من علاماته أن يتحرك بعد الذبح) وقيل : (أن ينفجر الدم) من قرأ « وقيل » بالباء الموحدة ، فقد صَحَّفَ ، وإنما هي « وقيل » من القول ، أي : ومنهم من اعتمد انفجار الدم بعد الذبح ، وليس بشيء » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٧/أ) .

المذبوح وهو يتحرك [1] بعد ، لكنْ جملةٌ من هذه العلامات مع قرائن أحوال لا يمكن وَصْفُها قد تُحَصِّل ظنًّا غالبًا فيؤخذ به ، مع أن الأصل بقاء الحياة .

أما السنن ، فَيُسْتحبّ تحديدُ الشَّفْرة [2] ، والتحاملُ عليها بالقوة ، وإسراعُ القطع ، وتوجيهُ الذبيح نحو القبلة كما جرت العادةُ ، والتسميةُ . ولا بأس أن يقول : بسمِ الله ، ومحمدٌ رسولُ الله ، بالرفع [3] . ولا يجوز أن يقول بسم محمدٍ ، ولا أن يقول : بسم اللّهِ ومحمدٍ رسولِ الله ؛ فإنه تشريك [4] .

ويُسْتحبُّ ذَبْحُ البعير في اللّبّة [5] فإنَّ ذَبْحه يُطَوِّل عليه العذابَ ؛ لِطُولِ عنقِه . ثم النحر في اللبة بقطع الحلق [6] والمريء أيضًا .

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : تركُ التسميةِ عامدًا مُحَرِّم [7] .

---

(١) في (أ) : « وهو متحرك » .

(٢) ودليله ما رواه مسلم في صحيحه (١٠٤٨/٣) (٣٤) كتاب « الصيد والذبائح » (١١) باب « الأمر بإحسان الذبح والقتل وتحديد الشَّفْرة » حديث (١٩٥٥) بإسناده عن شداد بن أوس قال : ثِنْتَان حفظتُهما عن رسول الله ﷺ قال : « إن الله كتب الإحسان على كل شيء ، فإذا قتلتم فأحْسِنوا القِتْلَة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذَّبْحَ ، ولْيُحِدَّ أحدُكم شَفْرَتَه فَلْيُرِحْ ذَبيحته » . وكذلك ما رواه مسلم أيضًا في صحيحه (٣/ ١٥٥٧) (٣٥) كتاب « الأضاحى » (٣) باب « استحباب الضحية » حديث (١٩٦٧) وفيه « ... فقال : يا عائشة ، هَلُمّي المُدْيةَ ، ثم قال : اشْحَذِيها بحجر » يعني : حَدِّديها .

(٣) يعني برفع كلمة « محمد » على أنها جملة مستقلة ، والمقصود منها ذِكْرُ النبي عليه الصلاة والسلام .

(٤) لأن كلمة « محمد » حينئذ معطوفةٌ على لفظ الجلالة ، وهذا إشراكٌ بالله عز وجل .

(٥) اللبة : هي ثغرة النحر ، وهي الوهدة التي في أسفل العنق وأعلى الصدر ، هذا هو المنحر وأما المذبح فهو تحت مجمع اللحيين في أعلى العنق ، قاله ابن الصلاح في مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٧/أ) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « الحلقوم » .

(٧) **مذهب الشافعية** : أن التسمية مستحبةٌ عند الذبح والرَّمْيِ إلى الصيد ، وإرسالِ الكلب ليصطاد ، فلو تركها عمدًا أو سهوًا حلّت الذبيحة ، ولكنْ تَرْكُهَا عمدًا مكروه على الصحيح ، وقيل : يأثم . انظر روضة الطالبين (٢٠٥/٣) . رحمة الأمة ص (١١٨) .

ومذهب الحنفية : أن ترك التسمية عمدًا يحرم به أَكْلُ الصيد والمذبوح . والمسلمُ والكتابي في ذلك =

أما ما يخص [١] **بالضحية**، فأن يقول: اللهم مِنْكَ وإليك؛ فَتَقَبَّلْ مِنِّي. ولا بد من نية الضَّحِيَّة عند الذبح، إلا أن يكون قد عينّ الشاة للضحية من قبل، فالمذهبُ أن تلك النية تكفيه [٢].

وصريحُ لفظ التعيين أن يقول: جعلتُ هذه ضحيةً. أما لو قال: لله عليّ ضَحِيَّةٌ، ثم قال: عينتُ هذه الشاة لِنَذْرِي، ففي التعيين وجهان. ولو قال: لله عليَّ أنْ أُضحِّي بهذه الشاة، ففي التعيين وجهان مرتبان، وأولى بالتعيين. وكذا الخلاف في نظيره من العتقِ. والعبدُ بالتعيين أولى؛ لأنه ذو حَقٍّ فيه [٣]. ووجْهُ قولنا: لا يتعينُ أن الحق قد ثبت في الذمة، فلا يتحول عنها إلى العين [٤] إلا بالأداء. ولو قال: جعلت هذه الدراهمَ صدقةً، ففي التعيين وجهان [٥]. ولو كان عليه نذر فقال: جعلتُ هذه [عن] [٦] نذري، لَغَا تَعْيينُه؛ لِضَعْفِ اللفظ والغرض في التعيين. ولو قال: لله عليّ أن أتصدق على هذا الشخص، فهذا أولى بالتعيين من تعيين الدراهم، بل هو قريب من العتق.

ثم إذا تعين الشاة، اختصّ بوقت الضحية. ولو قال: لله عليّ أن أضحي بشاة، ففي تعيين الوقت وجهان من حيث إنه يشبه دماء الجبرانات لكونه في الذمة. والصحيحُ: أنّ ذكر وَصْفِ الضحية يُوجب تعيين الوقت. فإن قلنا: لا يتعين الوقت، فلو قال: جعلت هذه الشاة عن جهة نذري، ففي التأقيت وجهان، والقياسُ أن لايلزم؛ لأنه عينّ عن جهة ما التزم.

* * *

= سواءٌ، وإن ترك ناسيا لم يحرم. وقال أبو يوسف (رحمه الله) :متروكُ التسمية عامدًا لا يَسُوغ فيه الاجتهاد. ولو قضى القاضي بجواز البيع منه، لايجوز قضاؤه؛ لأنه مخالفٌ للإجماع.

قلت: وهذا مذهب المالكية والحنابلة أيضًا، أعني أن متروك التسمية عمدًا لا يَحِلّ أَكْلُه. انظر: مختصر الطحاوي ص(٢٩٥). رءوس المسائل ص(٥١٠). المبسوط(٢٣٦/١١). تكملة فتح القدير(٤٨٩/٩). الكافي ص(١٧٩). القوانين الفقهية ص(١٩٠). الخرشي على مختصر خليل(١٥/٣). بداية المجتهد(٥٢٢/١). المقنع لابن قدامة ص(٣١١).

(١) في (أ) : « أما ما يختص ».

(٢) والأصح أن تلك النية لا تكفيه. انظر الروضة (٢٠٧/٣).

(٣) يعني أنه ذو حق في العتق.

(٤) في (أ)، (ب) : « إلى التعيين ».

(٥) الأصح أنها تتعين كشاة الأضحية. انظر الروضة (٢٠٩/٣).

(٦) زيادة من (أ).

القسم الثاني من الكتاب
النظر في أحكام الضحايا

وهي ثلاثة :

الأول : التَّلَف، فإذا قال : جعلتُ هذه الشاة ضحيةً، فماتت فلا شيء عليه، إلا أن يكون قد عَيَّنَها عن نذر سابق وقلنا : إنها[1] تتعين، ففي وجه : أنه كان تعيينه بشرط الوفاء، فإن ماتت[2]/ فعليه الإبدال[3]. ٢٧٥/أ

وأما إذا أتلَفها أجنبيٌّ ، فعليه قيمتها يشتري بها ضحيةً[4] ، فإن لم يَفِ ، فليس عليه التكميلُ .

أما المالك إذا أتلف ، ففي وجوب التكميل وجهان من حيث إنه كالملتزِم للضحية[5] . والشِّقْصُ لا يجزىء[6] ؛ فلا بُدّ من الإتمام . وإن زادت القيمة ، فيشترى بها كريمةً . وإن تعذر فوجهان :

أحدهما : أنه يُشْتَرَى به شِقْصٌ للضرورة[7] ، وكذلك إذا كان ما غرمه الأجنبي أقلَّ من ضَحِيَّةٍ[8] .

والثاني : أنه يُصْرف مَصْرف الضحايا ، حتى لو اشترى منه خاتمًا يَقْتَنِيه ولا يَبِيعُه ، جاز[9] .

---

(١) في (أ) : « إنه » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « فإن فات » .
(٣) وبه قال الجمهور ؛ لأن ما التزمه ثبت في ذمته . انظر الروضة (٢١٢/٣) .
(٤) أي : فيشتري بها المضحِّي .
(٥) والأصح أنه يلزمه أكثرُ الأمرين من قيمتها ، وعليه تحصيلُ مثلها . انظر الروضة (٢١٣/٣) .
(٦) في (ب) : « والتبعيض لا يجزىء » وهما بمعني واحد .
(٧) يعني يشتري جزءًا من أضحية ويذبح مع الشريك .
(٨) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٢١٣/٣) .
(٩) وهذا تفريع منه على جواز الأكل من الأضحية الواجبة . انظر الروضة (٢١٣/٣) .

قال الحموي : « قوله في كتاب الأضحية : (أما إذا أتلفها أجنبي فعليه قيمتُها يشتري بها أضحية ، وإن لم يفِ فليس عليه التكميل ، أما المالك إذا أتلفها ففي وجوب التكميل وجهان من حيث إنه كالملتزم للأضحية ، والشقص لا يجزئ فلابد من الإتمام ، وإن زادت القيمةُ فيشتري بها كريمة ، وإن تعذر فوجهان : أحدهما : أنه يشتري به شقصًا للضرورة ، كذلك إذا كان ما غرمه الأجنبي أقلَّ من الضحية . والثاني : يصرفه مصارف الضحايا ، حتى لو اشترى منه خاتمًا يقتنيه ولا يبيعه جاز) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكال من حيث إنه قال : (يشتري منه [خاتمًا]) والمنقول في معظم =

هذا في الإهلاك . أما إذا ذبحه أجنبي في وقت الضحية ، فحيث لا تُشترط النيةُ اكتفاءً بالتعيين السابق [١] ، فقد وقع الموقع [٢] . وإن قلنا : لا بد من النية ، فقد فاتت القربة ، وفي لحمه وجهان :

أحدهما : أنه يعود إلى مالكها وتنقل [عنه] [٣] الضحية ، وعلى الذابح أرش نقصان الذبح .

والثاني : أنه يُصْرف مَصْرفَ الضحية وإن لم تكن ضحيةً .

وانما تفوت القربة دون الاستحقاق ، ولا يجب على الأجنبي إلا نقصان الذبح .

وحيث قلنا : يقع الموقع ، ففي لزوم أرْشِ الذبح قولان :

أحدهما :نعم ؛ لِعُدْوَانه [٤] .

والثاني : لا ، لتأدِّي الواجب به .

هذا إذا لم يُفَرِّق الأجنبيُّ اللحمَ ، فإن فَرَّق ، فاللحمُ مُسْتَرَدٌ مِمَّنْ أخذه ؛ لأن التعين إلى المضحِّي ، فإن تعذَّر فعلى الذابح قيمةُ اللحمِ وأرشُ الذبحِ جميعًا . وإنما سقط أرشُ الذبح – على قولٍ – إذا تأدَّت القربةُ به ، والآن فقد فات بتفريقه .

ثم في كيفية تغريمِ كلِّ مَنْ ذبح شاةَ غيرِه وأَكَل لحمه وأتلف [٥] ، قولان :

= الكتب أنه يعمل منه خاتمًا ، وتعليله ظاهر فإنه بدلٌ عن التالف ، فلا يجوز أن يكون بدلًا عن بدل الغير ضرورة ، وإذا كان كذلك كان ما ذكره مخالفًا لمعظم الكتب .

قلت : عنه جوابان : أحدهما : أن يكون ما ذكره الأصحاب محمولًا على ما إذا أمكن أن يصاغ منه خاتمٌ ، لكنه إذا لم يَجِيءْ منه خاتمٌ أمكن أن يباع فيُشْتَرى به خاتم ، وعلى الثاني بني الشيخ دون الأول . الثاني : لا يبعد أن يكون ذلك تصحيفًا وقع ذلك من الناقل ، ويكون معنى الكلام : حتى لو اشترى منه خاتمًا يقتنيه ولا يبيعه جاز ، وإنَّ « اشترى » و « استوى » مقارب في الخط والله أعلم ، والجواب الأول أصح » إشكالات الوسيط (ق ١٨٦ / أ ، ١٨٦ / ب) .

(١) في (أ) ، (ب) : « السالف » .

(٢) وعليه فيأخذ المضحي اللحمَ ويُفَرِّقه .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) وهذا هو الأظهر من القولين ، وبه قطع الجمهور ؛ لأن إراقة الدم مقصودةٌ ، وقد فوَّتَها ، فصار كما لو شدَّ قوائمَ شاةٍ ليذبحها ، فجاء آخرُ فذَبَحَهَا بغير إذنه ، فإنه يلزمه أرشُ النقص . انظر الروضة (٣/٢١٥) . الغاية (٢/٩٨٢) .

(٥) في (ب) : « وأتلفه » .

أحدهما : أنه تَجب قيمتُها حَيّةً .

والثاني : أنه يجب أرشُ نقصانِ الذبح وقيمةُ اللحم ؛ لأنه ذبح ملكه وأكل ملكه ، وهذا قد يقتضي زيادةَ قيمةٍ .

الحكم الثاني : التعَيُّب . ومهما لم يلزمْه شيءٌ بالتَّلَف ، فلا يلزمه بالتعيُّب . ولكن لو كان العيبُ بحيث يَمْنع الإجزاءَ في الضحيّة ، فهل ينفكّ عن الضحية ، والشاةُ معينةٌ[(١)]؟ فوجهان[(٢)] :

أحدهما : نعم كالتَّلَف .

والثاني : لا ، بل تَجْري مُجْرَى الضّحايا .

ولو قال ابتداءً لشاةٍ معيبة : جعلتُ هذه أضحية[(٣)] ، وَجَبَ صَرْفُها[(٤)] إلى مصرف الضحايا على الصحيح ؛ إذْ لا مَحْمَل لكلامه إلا هذا . ولو قال لِظَبْيَةٍ : جعلتُ هذه أضحيةً ، لغا قولُه . ولو قال لفصيلٍ ، فوجهان[(٥)] ، وكأَنّ السِّنَّ دائرٌ بين العَيْب والجنس .

ولو قال : لله عليَّ أضحيةٌ[(٦)] ، ثم عيَّنَ معيبةً للنذر ، لا تبرأ بها ذمَّتُه . وهل يلزمه تَفْرِقةُ لحمها ؟ فيه وجهان . ولو زال العيب[(٧)] ، ففي براءة الذمة بها وجهان[(٨)] . وأما إذا كان تعيُّبُ المعَيَّنَةِ بفعله ، فعليه التضحيةُ بشاةٍ صحيحة بدلاً عنها ، وفي انفكاك المعيَّنة الوجهان المذكوران .

فروع

الأول : طرآنُ العيب والانكسارِ حالةَ قطع الحلقوم ، لا يؤثر . وقبله وبعد الإضجاع للشاة وجهان ذكرناهما في انكسار الرجْل . وإنّما يليق التردد بما يكون من اضطراب الذبح . أما إذا

---

(١) قال ابن الصلاح : « يعني ما إذا كانت معينة عن نذر سابق مطلق ، وقلنا : إنها تتعين ، وقلنا : يلزمه الإبدال عند التلف أو التَّعَيُّب ، أما حيث لا يلزمه الإبدال فلا تنفكُّ قَطعًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٨/أ) .

(٢) والصحيح أنها تجزئه عن التضحية ، فيذبحها في وقتها . انظر الروضة (٢١٦/٣) .

(٣) في (أ) : « ضحية » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وجب مصرفها » .

(٥) والأصح أنه يلزمه ذبحه . انظر الروضة (٢١٧/٣) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ضحية » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « التعيب » .

(٨) والأصح أنه لا تبرأ ذمته بها ؛ لأنه زال ملكه عنه ، وهو ناقص ، فلا يؤثر الكمال بعده . انظر الروضة (٢١٨/٣) .

كان بسبب آخر فيظهر تأثيره . وقد قال القفال : ما يطرأ على الهدْي المَسُوق إلى الحرم بعد بلوغ الحرم : لا يؤثر ؛ لأنه قد بلغ محلَّه . وخالَفَه الأصحابُ ؛ لأن من اشترى في الحرم الهَدْيَ ، فتعيَّب قبل الذبح . أثّر ذلك فيه ، فأيُّ أثرٍ للسَّوْق ؟ .

الثاني : لو قال : لله عليّ أن أُضَحِّي بعرجاء ، ففيما يلزمه ثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه تلزمه صحيحةٌ .

والثاني : أنه لا شيءَ عليه كنذرِ الظَّبْيَة .

والثالث : أنه لا يلزمه إلا العرجاء [١] .

الثالث : ضَلالُ الشاة كَتَلَفِها [٢] ، وإنما نريد أنها لو وُجِدَتْ بعد أنْ أوجبنا عليه البدَل وقد ضحاه [٣] ، ففي انفكاك الضالة قولان :

أحدهما : أنه ينفكّ ؛ إذْ لاوَجْهَ للتضعيف ، وقد ضحى البدل .

والثاني : أنه يُضَحَّى أيضًا ؛ لأنه الأصل .

وإن لم يكن قد ضحى البدلَ اقتصر على الأصل ، إلا أن يكون قد عَيَّنَ البدلَ بلفظه ، فأي الشاتين تُذْبح ؟ فيه أربعة أوجه :

أحدها : البدل .

والثاني : الأصل [٤] .

والثالث : كلاهما .

والرابع : يتخيَّر أَيَّهما شاءَ .

الحكم الثالث : الأكل . وهو جائز من المتطوِّعِ به [٥] . وهل يجوز أكلُ الجميعِ ، أم لا تتأدّى

---

(١) وهذا الوجه هو أصحها كما في الروضة (٣/٢١٨) .

(٢) أي : فلا يلزمه شيء بضياعها .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وقد ضحى » .

(٤) وهو الأصح كما في الروضة (٣/٢٢٠) .

(٥) أي من الأضحية المندوبة لا الواجبة بنذر أو غيره .

السُّنّةُ إلا بتصدُّقِ شيء منه ؟ [١] فيه وجهان :

أحدهما : أنه يجوز ؛ لأن المقصود إراقةُ الدمِ والضيافةُ ، وقد يستوي في ضيافة الله تعالى المالكُ وغيْرُه .

والثاني :أنه يتصدق بما ينطلق عليه الاسم [٢] ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَكُلُواْ مِنْهَا وَأَطْعِمُواْ ٱلْبَآئِسَ ٱلْفَقِيرَ ﴾ .

ولا يكفي في هذا القدرِ الإطعامُ ، بل لا بُدَّ من التمليك / للفقير ، ولا يكفي تمليكُ الغني . ثم للفقير أن يُمَلِّك مَنْ شاء مِنْ غنيٍّ وفقيرٍ . ويجوز إطعام الأغنياء من الضحية . وعلى كل قولٍ فالتصدقُ بالكلِّ أحسنُ ، وكان من شعار الصالحين تناولُ لُقْمةٍ من كبد الضحية أو غيرها . وقال علي (رضي الله عنه) في خطبته بالبصرة : « أما إنَّ أميركم رَضي من دنياكم بِطِمْرَيْه [٣] ، لا يأكل اللحم في السنة إلا الفِلْذة من كبد أضحيته » . ٢٧٥/ب

ثم كمال الشعار يتأدّى بالتصدق بالنِّصف ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَكُلُواْ مِنْهَا وَأَطْعِمُواْ إِلَى [٤] ، وقيل : تتأدَّى بالثلث ؛ لقوله عليه السلام : « كلوا منها ، وادّخروا ، واتجروا » [٥] ، أي اطلبوا الأجرَ بالتصدُّق .

---

(١) قال ابن الصلاح : « لا يستفاد من قوله : (... لا تتأدى السنة) أن أضحية التطوع - بَعْدَ ذبحها بنية الضحية - يجوز له العدولُ بها إلى غير مصارف الضحايا ، فإنه ليس كذلك . وفي كلامه بعد هذا ، ما يُشْعِر بهذا . والمقطوعُ به في المذهب أنه لا يجوز بَيْعُ شيء منها عندنا وإن كانت تطوعًا ؛ لأنه بفعلِ التضحية أخرجها قربةً ، فلا يجوز له الرجوعُ فيها . وانتفاعُه بها ، إنما جاز على أنه من مصارفها . وفي « الشامل » لابن الصباغ « قال أصحابنا : إنما جاز الأكل والانتفاع بالجلد رخصة ، فلا يتعدى بذلك جواز البيع ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٨/ب) .

(٢) وهذا الوجه هو أصحهما . انظر الروضة (٢٢٣/٣) .

(٣) الطِّمْر : هو الثوب الخَلَق أو الكساء البالي . والجمع : أطمار . انظر : مختار الصحاح ص (٣٩٧) . المصباح المنير (٥٧٧/٢) . القاموس المحيط (٥٥٤) مادة (ط م ر) .

(٤) من الآية (٢٨) ، (٣٦) من سورة (الحج) .

(٥) حديث حسن : رواه أبو داود في سننه (٢٤٣/٣) (١٠) كتاب « الأضاحي » (١٠) باب « في =

وما يجوز أكْلُه فلا يجوز إتلافُه ، ولا أن يُملِّك الأغنياءَ ليتصرفوا فيها بالبيع ؛ لأن الضيافةَ مقصودةٌ .

فرع : لو أكل الكُلَّ على قولنا : يمتنع ذلك ،ففيما يلزمه من الغُرْم وجهان :

أحدهما : قَدْرُ ما ينطلق عليه الاسمُ ، وهو الصحيح .

والثاني : النِّصْف أو الثلث .

هذا كلُّه في المتطوَّعِ به ، أما المنذورة ، ففي جواز الأكل منها وجهان :

أحدهما : أنها كالمتطوَّعة .

والثاني : أنه لا يجوز الأكلُ منها كدماءِ الجُبرانات .

فإن قيل : ما حكمُ جلدِ الضحية ؟ قلنا : الصحيح أنه لا يُبَاع ، لكن يُنْتفع به في البيت أو يتصدَّق به . وحكى صاحبُ « التقريب » قولًا بعيدًا : أنه يُبَاع ، ويُصْرف ثمنُه مصرفَ الضحايا ، وهو ضعيف . نعم ، قال : « لو تصدَّق بالجلد بدلًا عن اللحم – إذا قلنا : إن عليه التصدُّقَ – لم يُجْزِه ذلك » . وهو أحسن .

فرع : ولد الضحية المعيَّنة : لها [1] حكم الأم ، والصحيح [أن] [2] التصدق بجزء من الأم يُسَلِّط على أكل جميع الولد كما يُسَلط على أكل جميع اللبن ؛ فإنه في حكم جزء . وفيه وجه : أنه لابد من التصدق بشيء من الولد ؛ لأنه حيوان مستقل .

فرع آخر : لو اشترى شاةً ، ثم قال : جعلتها ضحيةً ، ثم وَجَدَ عيبا [3] ، امتنع ردُّها [4] ، وله

= حبس لحوم الأضاحي » حديث (٢٨١٣) بإسناده عن نُبَيْشَة قال : قال رسول الله ﷺ : « إنا كنا نهيناكم عن لحومها أن تأكلوها فوق ثلاث ، لكي تسعكم ، فقد جاء الله بالسعة ، فكلوا وادخروا واتجروا ، ألا وإن هذه الأيام أيام أكل وشرب وذكر الله عز وجل » . ورواه أحمد في مسنده (٥/٧٥) حديث (٢٠٧٤٢) كلاهما من طرق عن خالد الحذاء عن أبي المليح عن نبيشة مرفوعًا به .

(١) في (أ) ، (ب) : « له » . (٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) يعني إذا وَجَد بها عيبًا قديماً حدث قبل شرائه .

(٤) وذلك لزوال مِلكه عنها ، كمن اشترى عبدًا فأعتقه ، ثم علم به عيبًا . انظر الروضة (٣/٢٢٧) .

طَلَبُ الأرش كما بعد العتق . وقال العراقيون : يُسْلَك بالأرش مَسْلك الضحايا . وهو بعيد [١] ؛ لأنه لم يُعَيِّنَّ إلا المعيبة ، وظَنُّهُ السلامةَ لاينبغي أن يلزمه أرش السلامة .

واختتام الكتاب بباب العقيقة :

وهي سُنّةٌ عندنا ، واجبةٌ عند داود ، بدعةٌ عند أبي حنيفة (رحمه الله) [٢] .

وحكمُها حكمُ الضحية : في الأكلِ ، والتصدقِ ، والسلامةِ من العيوب ، لكنها عبارةٌ عن شاة تُذْبح في سابع ولادة المولود ، لا تتأقَّتُ [٣] بيوم النحر ، بل يدخل وَقتُها بالولادة كما يدخل وقتُ دماءِ الجبرانات بأسبابها .

وفي الخبر « يُعَقُّ عن الغلام بشاتين ، وعن الجارية بشاة » [٤] ثم تكفي الشاة عن الغلام وفاقًا . نعم ، تختص العقيقةُ بأنه لا يُكْسر منها عظامُ الشاة ، فقد ورد فيها خبر [٥] ، ولعله تفاؤلٌ بسلامة

---

(١) والصحيح أنه للمضحي ، فلا يلزمه صَرْفُه للأضحية . انظر الروضة (٢٢٧/٣) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن العقيقة سنة مَرْغُوب فيها . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : التنبيه ص (٥٨) . الروضة (٢٢٩/٣) . الكافي ص (١٧٧) . القوانين ص (١٩٦) . الشرح الكبير (١٢٦/٢) . الخرشي على مختصر خليل (٤٧/٣) . المقنع ص (٨٦) . زاد المستقنع ص (٥٦) . الدليل ص (١٢٣) . رحمة الأمة ص (١١٩) .

ومذهب الحنفية : أنها تطوع من شاء فعلها ، ومن شاء تركها . انظر مختصر الطحاوي ص (٢٩٩) .

ومذهب الظاهرية : أنها واجبة . انظر المحلى (٥٢٣/٧) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فلا تتأقت » .

(٤) حديث صحيح : رواه الترمذي (٨١/٤) (٢٠) كتاب « الأضاحي » (١٦) باب « ما جاء في العقيقة » حديث (١٥١٣) وفيه « أن رسول الله ﷺ أمرهم عن الغلام شاتان مكافئتان ، وعن الجارية شاة » ورواه ابن ماجه (٢/ ١٠٥٦) (٢٧) كتاب « الذبائح » (١) باب « العقيقة » حديث (٣١٦٣) كلاهما من طرق عن عبد الله بن عثمان عن يوسف بن ماهك عن حفصة بنت عبد الرحمن عن عائشة رضى الله عنها مرفوعًا به . ورواه النسائي (٧/ ١٦٤) كتاب « العقيقة » باب « العقيقة عن الغلام » قال رسول الله ﷺ : « في الغلام شاتان مكافئتان ، وفي الجارية شاة » وكذا رواه ابن ماجه (١٠٥٦/٢) حديث (٣١٦٢) كلاهما من طرق عن أم كُرْز مرفوعًا به .

(٥) حديث مرسل : رواه أبو داود في المراسيل ص (٢٧٩) عن جعفر بن محمد عن أبيه أن النبى ﷺ قال في العقيقة التي عَقَّتْها فاطمةُ عن الحسن والحسين : « أَن ابعثوا إلى بيت القابلة بِرِجْل ، وكلوا ، وأطعموا ، ولا تكْسِروا منها =

أعضاء المولد ، فتنضج ، وتفصل المفاصل [(١)] . وتفريقُ اللحم أولى من دعاء الناس إليه . وقال الصيدلاني : يجوز التصدقُ بالمرقة . وهذا ، إن أراد به أنه يكفى عن التصدُّقِ بمقدار من اللحم - إذا قلنا : لا بد منه - ففيه نظرٌ .

قال الشافعي (رضي الله عنه) : وعادةُ العرب تلطيخُ رأس الصبي بدم العقيقة ، وهو مكروه [(٢)] .

نعم ، يُستحب أن يُسَمّى الصبيّ في السابع ، ويُحْلَق شعره [(٣)] ، ويتصدق بِزِنَته ذهبًا أو فضة [(٤)] .

* * *

= عَظْمًا » . ورواه البيهقي في السنن الكبرى (٩/ ٣٠٢) . قال ابن الصلاح : « وهذا الحديث مرسل حسن يَصْلح الاحتجاج به في إثبات مثل هذه الفضلية . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٥٠/أ) .

(١) كلمة : « المفاصل » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٢) ويدل عليه ما رواه أبو داود في سننه (٢٦٣/٣) (١٠) كتاب « الأضاحي » (٢١) باب « في العقيقة » حديث (٢٨٤٣) بإسناده عن بريدة بن الحصيب قال : « كنا في الجاهلية ، إذا وُلِدَ لأحدنا غلامٌ ذبح شاة ، ولطخ رأسه بدمها ، فلما جاء الله بالإسلام كنا نَذْبح شاة ، ونَحْلق رأسَه ، ونُلطِّخه بزعفران » وهذا الحديث إسناده حسن . وقد ورد النهيُ عن تلطيخ رأس الصبي بدم العقيقة ، وذلك فيما رواه ابن ماجه (١٠٥٧/٢) (٢٧) كتاب « الذبائح » (١) باب « العقيقة » حديث (٣١٦٦) بإسناده عن النبي ﷺ قال : « يُعَقُّ عن الغلام ، ولا يُمَسُّ رأسُه بِدَمٍ » وإسناده حسن أيضًا .

(٣) وفي هذا حديث رواه أبو داود في سننه (٢٦٠/٣) (١٠) كتاب « الأضاحى » (٢١) باب « في العقيقة » حديث (٢٨٣٨) بإسناده عن سمرة بن جندب أن رسول الله ﷺ قال : « كلُّ غلامٍ رهينةٌ بعقيقته ، تُذْبح عنه يوم سابعه ، ويُحلق ، ويُسَمَّى » . ورواه الترمذي (٨٥/٤) حديث (١٥٢٢) وقال : هذا حديث حسن صحيح . ورواه ابن ماجه (١٠٥٦/٢) حديث (٣١٦٥) .

(٤) ويدل عليه ما رواه الترمذي (٨٤/٤) (٢٠) كتاب « الأضاحي » (٢٠) باب « العقيقة بشاة » حديث (١٥١٩) بإسناده عن علي بن أبي طالب قال : عقَّ رسول الله ﷺ عن الحسن بشاة ، وقال : « يا فاطمة ، احلقي رأسَه ، وتصدّقي بزنة شعره فضة » . قال الترمذي : هذا حديث حسن غريب ، وإسناده ليس بمتصل ، ومحمد بن علي بن الحسين لم يدرك عليَّ بن أبي طالب .

كِتَابُ الأَطْعِمَة

وفيه بابان

الباب الأول

في حالة الاختيار

والحيوانُ والجماداتُ أكثرُ من أن تُحْصَى ، لكن الأصل فيه [1] الإباحة ؛ لقوله تعالى : ﴿ قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا ﴾ الآية [2] . [3] فجميعُ ما يُمْكِن أكْلُه مباحٌ إلا ما يستثنيه عشرة أصول [3] :

الأول : ما حرم بنصِّ الكتاب : كالخمر ، والخنزير ، والدم ، والمنخنقة [4] ، والموقوذة [5] . وكذلك ما حرم بالنصِّ عليه في السنة كالحُمُر الأهلية [6] .

الأصل الثاني : ما في معنى المنصوص عليه ، كالنبيذ الذي هو في معنى الخمر المنصوص عليه .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فيها » .

(٢) من الآية (١٤٥) من سورة (الأنعام) .

(٣) في (أ) : « فجميع ما يمكن أكله مباح ويستثنى منه عشرة أصول » . وفي (ب) : « فجميع ما يمكن أكله يباح ويستثنى منه عشرة أصول » .

(٤) المنخنقة : هي التى تموت بالخنق ، إما قَصْدًا ، أو اتفاقًا بأن تتخبل فى وثاقتها فتموت به ، فهي حرام . تفسير القرآن العظيم لابن كثير (٦/٢) .

(٥) الموقوذة : هي التي تُضْرب بشيء ثقيل غير محدَّد حتى تموت ، وقال ابن عباس (رضي الله عنهما) : هي التي تُضْرب بالخشبة حتى يوقذها فتموت . وقال قتادة : كان أهل الجاهلية يضربونها بالعِصِيِّ حتى إذا ماتت أكلوها . انظر المصدر السابق نفسه ، وانظر مشكل الوسيط لابن الصلاح (جـ٢ ق ١٥٠/أ) .

(٦) ثبت تحريم لحوم الحمر الأهلية في أحاديث كثيرة عن النبي ﷺ ومنها : ما رواه البخاري في صحيحه (٩/ ٥٦٩) كما في الفتح (٧٢) كتاب « الذبائح والصيد » (٢٨) باب « لحوم الحمر الإنسية » حديث (٥٥٢١) بإسناده عن ابن عمر (رضي الله عنهما) قال : « نهى النبي ﷺ عن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر » . ورواه مسلم في صحيحه (١٥٣٨/٣) (٣٤) كتاب « الصيد والذبائح » (٥) باب « تحريم أكل لحم الحمر الإنسية » حديث (١٩٣٦) بإسناده عن ابن عمر أيضا به . ورواه أبو داود في سننه (١٦١/٤) حديث (٣٨٠٨) من حديث جابر . وكذلك النسائي (٢٠٥/٧) . ورواه الترمذي (٢٢٤/٤) حديث (١٧٩٥) من حديث أبي هريرة . ورواه ابن ماجه (١٠٦٦/٢) حديث (٣١٩٦) من حديث أنس .

الأصل الثالث : كلُّ ذى نابٍ من السباع ، وكلُّ ذي مِخْلَبٍ من الطير [١] ، إذْ نهى رسول الله ﷺ عنه [٢] . ويحرم الفيلُ ؛ لأنه ذو ناب مكاوح [٣] ، وكذا الدبّ . ومن ذوات المخلب : البازي [٤] ، والشاهين ، والصقر ، والعقاب ، والنَّسْر ، وجميعُ جوارحِ الطير .

والثعلبُ ، والضبعُ ، والضبُّ حلالٌ عند الشافعي (رضي الله عنه) خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) ؛ لِوُرُودِ أحاديثَ فيها [٥] . وترددوا في ثلاثة حيوانات :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الطيور » .

(٢) الحديث رواه البخاري في صحيحه (٥٧٣/٩) كما في الفتح (٧٢) كتاب « الذبائح والصيد » (٢٩) باب « أكل كل ذي نابٍ من السباع » حديث (٥٥٣٠) بإسناده عن أبي ثعلبة الخشني (رضي الله عنه) أن رسول الله ﷺ نهى عن أكل كل ذي نابٍ من السباع » . ورواه مسلم (١٥٣٣/٣) (٣٤) كتاب « الصيد والذبائح » (٣) باب « تحريم أَكْلِ كُلِّ ذي نابٍ من السباع ، وكل ذي مخلب من الطير » حديث (١٩٣٢) . ورواه أبو داود في سننه (١٥٩/٤) حديث (٣٨٠٢) . والنسائى (٢٠٠/٧) كتاب « الصيد والذبائح » باب « تحريم أكل السبع » ، والترمذي (٢٢٤/٤) حديث (١٧٩٦) . وابن ماجه (١٠٧٧/٢) حديث (٣٢٣٢) . جميعا من طرق عن أبي ثعلبه الخشني به . ورواه مسلم في صحيحه برقم (١٩٣٤) بإسناده عن ابن عباس بلفظ « نهى رسول الله ﷺ عن كل ذي ناب من السباع وعن كل ذي مخلب من الطير » .

(٣) مُكَاوِح : أى مُغَالِب مُقَاتِل . انظر القاموس المحيط ص (٣٠٥) مادة (ك و ح) .

(٤) البازي : فيه ثلاث لغات . البازي : بوزن القاضي . وهي فُصْحَاهُنَّ . والبازْ ، والبازيّ ، بتشديد الياء . انظر : المطلع على أبواب المقنع ص (٣٨١) .

(٥) أما الضَّبُّ ، فقد ورد فيه أحاديث صحيحة ، ومنها ما رواه البخاري (٥٨٠/٩) (٧٢) كتاب « الذبائح والصيد » (٣٣) باب « الضب » حديث (٥٥٣٧) بإسناده عن ابن عباس عن خالد بن الوليد أنه دخل مع رسول الله ﷺ بيت ميمونة ، فَأُتِي بضَبٍّ مَحْنُوذ ، فأهوى إليه رسول ﷺ بيده ، فقال بعض النسوة : أخبروا رسول اللّه ﷺ بما يريد أن يأكل . فقالوا : هو ضبٌّ يا رسول الله ، فرفع يدَه ، فقلتُ : أحرامٌ هو يا رسول الله ؟ فقال : « لا ، ولكن لم يكن بأرض قومي ، فَأَجِدُني أَعَافُه » قال خالد : « فاجْترَرتُه ، فأكلتُه ، ورسولُ اللهِ ﷺ ينظر » . ورواه مسلم في صحيحه (١٥٤٣/٣) (٣٤) كتاب « الصيد والذبائح » (٧) باب « إباحة الضب » حديث (١٩٤٥) . ورواه أبو داود (٤ / ١٥٣) حديث (٣٧٩٤) . والنسائي (١٩٨/٧) كتاب « الصيد والذبائح » باب « الضب » . وابن ماجه (١٠٧٩/٢) حديث (٣٢٤١) . جميعا من طرق عن الزهري عن أبي أمامة عن ابن عباس به مرفوعًا . =

أحدها : ابن آوى ، قَطع المراوزةُ بتحريمه [(١)] ، وذكر العراقيون خلافًا .

والثاني : ابن عِرْس [(٢)] ، تردد العراقيون فيه [(٣)] ؛ لتردُّدِ [(٤)] شِبْهِهِ بين الثعلب والكلب [(٤)] .

والثالث : الهرة الوحشية ، فيها ترددٌ [(٥)] ؛ لترددِها / بين الهرة الأهلية [(٦)] والأرنب ، وربما ٢٧٦/أ يُظَنّ أن أصلَها إنسيةٌ فتوحَّشَتْ في سِنِي القحطِ

[ولا يحل السِّنَّوْر ؛ لما رُوي أنه (عليه السلام) قال : « الهرةُ سَبُع » [(٧)] ، ولأنه يَصْطاد

= أما الضبع : فقد روى أبو داود في سننه (٢١) كتاب « الأطعمة » (٣٢) باب « في أكل الضبع » حديث (٣٨٠١) بإسناده عن جابر بن عبد الله (رضي الله عنه) قال : سألت رسول الله ﷺ عن الضَّبُع ، فقال : « هو صيدٌ ، ويُجْعل فيه كبش إذا صاده المُحْرِم » . ورواه الترمذي (٢٢٢/٤) (٢٦) كتاب « الأطعمة » (٤) باب « ماجاء في أكل الضبع » حديث (١٧٩١) . والنسائي (٢٠٠/٧) كتاب « الصيد والذبائح » باب « الضبع » وابن ماجه (١٠٧٨/٢) (٢٨) كتاب « الصيد » (١٥) باب « الضبع » حديث (٣٢٣٦) . جميعا من طرق عن عبد الرحمن بن أبي عمار عن جابر به . وهو حديث صحيح كما في التلخيص الحبير (١٦٧/٤) .

وأما الثعلب ، فقال ابن الصلاح : « ليس في تحليله حديث عن رسول الله ﷺ ، وفي تحريمه حديثان في إسنادهما ضعف . واعتمد الشافعي فيه على أنه مما لم تزل العرب تأكله ، فهو إذن مما استطابته العرب فيندرج في عموم قوله تعالى : ﴿ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّباتُ ﴾ وقد حكى ابن المنذر تحليله عن طاوس وقتادة ، وورد ذلك عن غيرهما ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٥٠/ب) . وانظر مذهب أبي حنيفة في الاختيار لتعليل المختار (١٣/٥ ، ١٤) .

(١) وهذا هو الأصح كما في الروضة (٢٧١٢/٣) . والمنهاج ص (١٤٣) . وابن آوى : حيوان يُسَمى بالفارسية « شِغَال » وجمعُه : « بنات آوى » . انظر : المطلع على أبواب المقنع ص (٣٨٠) .

(٢) ابن عرس : دويبة ، وجمعها : بنات عرس . انظر : القاموس ص (٧١٨) مادة (ع ر س) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « تردد فيه » بدون كلمة « العراقيون » .

(٤) في (ب) : « لتردد شبهه بالثعلب والكلب » .

(٥) وهي حرام على الأصح . انظر الروضة (٢٧٢/٣) . والمنهاج ص (١٤٣) .

(٦) وفي نسخة أخرى « الإنسية » كذا على هامش الأصل .

(٧) حديث ضعيف : رواه أحمد فى المسند (٤٤٢/٢) ،والدارقطني في سننه (٦٣/١) ، والطحاوي في =

بالناب ، وتأكل الجيف ؛ فأشْبَهَ الأسدَ . ويحل أكلُ الخيلِ ؛ لما رَوَى جابرٌ قال : ذبحنا يوم خيبر : الخيلَ والبغال والحمير ، فنهانا رسول الله ﷺ عن البغال والحمير ، ولم يَنْهَنَا عن الخيل (١)] (٢) .

وأما الدُّلْدُل (٣) قطع الشيخ أبو محمد بتحريمه (٤) . وأما السَّمُّور ، والسِّنْجاب - وما يشبههما (٥) - فالأظهرُ إلحاقُهما بالثعلب (٦) ، وقيل : هو كابن عِرْس .

الأصل الرابع : ما أمر رسول الله ﷺ بقَتْله في الحِلّ والحَرَمِ ، وهي الفواسقُ الخمسُ :

= مشكل الآثار (٢٧٢/٣) ، والحاكم في المستدرك (١٨٣/١) وقال : حديث صحيح ولم يخرجاه وتعقبه الذهبي ، وفي إسناده عيسى بن المسيب ضعَّفه ابن معين وأبو داود والنسائي وتكلم فيه ابن حبان وقال : كان ممن يقلب الأخبار ويخطئ في الآثار حتى خرج عن حدّ الاحتجاج به . وأورده ابن أبي حاتم في العلل (٤٤/١) وفيه « قال أبو زرعة : لم يرفعه أبو نعيم وهو أصح ، وعيسى ليس بالقوي » . وانظر : نصب الراية (١٣٤/١ ، ١٣٥) . تعجيل المنفعة بزوائد رجال الأئمة الأربعة ص (٣٢٨ ، ٣٢٩) . لسان الميزان (٤٠٥/٤) .

(١) الحديث رواه البخاري في صحيحه (٥٦٥/٩) (٧٢) كتاب « الذبائح والصيد » (٢٧) باب « لحوم الخيل » حديث (٥٥٢٠) بإسناده عن جابر بن عبد الله قال : « نهى النبي ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر ، ورخص في لحوم الخيل » . ورواه مسلم (١٥٤١/٣) (٣٤) كتاب « الصيد والذبائح » (٦) باب في « أكل لحوم الخيل » حديث (١٩٤١) ورواه الترمذي (٢٢٣/٤) حديث (١٧٩٣) . والنسائي (٢٠١/٧) . وابن ماجه (١٠٦٤/٢) حديث (٣١٩١) عن جابر أيضًا بلفظ : « أكلْنا زمنَ خيبر ، الخيلَ وحمرَ الوحش » .

(٢) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) الدُّلدل : هو القنفذ ، أو عظيم القنفذ ، أو يُشْبه القنفذ ، كذا في القاموس ص (١٢٩٢) .

(٤) في الروضة (٢٧٢/٣) أن الأصحَّ المنصوص حلُّه . وقال ابن الصلاح : « قوله : (وأما الدلدل ، قطع الشيخ أبو محمد بتحريمه) وفي « البسيط » أنه كان يَعُدُّه من الخبائث » .

وقال ابن الصلاح أيضًا : « وإبقاؤه هذا غيرُ مَرْضِيّ ، وكأنه لم يَعْرِف « الدلدل » واعتقد فيه ما بلغنا عن الشيخ أحمد الأسنهي ، أنه قال : الدلدل : كبار السلاحف ، أو اعتقد فيه نحوًا من ذلك ، وذلك غير مَرْضِيّ . والمحفوظ أنه نوع من القنافذ . وفي كتاب « الصحاح » في اللغة : الدلدل : عظيم القنافذ . وفي كتاب « الحيوان » للجاحظ « أنَّ فَرْقَ ما بين القنفذ والدلدلِ ، كفرقِ ما بين البقر والجواميس ، والفأر والجرذان » وإذا كان من القنافذ ، فالشيخ أبو محمد لم يقطع بتحريم القنفذ ، بل تردَّدَ فيه ، والشافعيُّ قد نصَّ على تحليله » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٥٠/ب) .

(٥) في (أ) : « وما أشبههما » .

(٦) يعني : يحل أكله .

الغراب ، والحدأة ، والفأر ، والعقرب ، والحية [1]. وفي معنى المنصوص كلُّ سَبُعٍ ضارٍ [2] ، كالذئبِ ، والأسد ، والفهد ، والنمر ، والكلب العقور ، وماليس عقورًا فهو محرم ؛ لأنه ذو نابٍ يَعْدو به كالهِرِّ .

الأصل الخامس : مانهى رسولُ الله ﷺ عن قَتْلِه ؛ فإن ذلك يدل على التحريم ؛ إذْ لو حَلَّ ، لحلَّ ذَبْحُه ، كما أن الأمر بالقتل يدل على التحريم ؛ إذْ لو حلّ لأمر بالذبح لا بالقتل . وقد نَهَى عن قَتْلِ الهدهد ، والخطاف ، والنحل ، والصرد ، والنملة [3] . وقد نص الشافعي (رضي الله

(١) الحديث رواه البخارى في صحيحه كما في الفتح (٤٢/٤) (٢٨) كتاب « جزاء الصيد » (٧) باب « ما يقتل المحرم من الداوب » حديث (١٨٢٦) بإسناده عن حفصة أن رسول الله ﷺ قال : « خمس من الداوب ، لا حرج على مَنْ قتلهن : الغراب ، والحِدَأة ، والفأرة ، والعقرب ، والكلب العقور » . ورواه مسلم في صحيحه (٨٥٦/٢) (١٥) كتاب « الحج » (٩) باب « ما يندب للمحرم وغيره قَتْلُه من الدواب في الحل والحرم » حديث (١١٩٨) بإسناده عن عائشة (رضي الله عنها) عن النبي ﷺ أنه قال : « خمسٌ فواسقُ ، يُقْتَلن في الحِلِّ والحرم : الحيّة ، والغراب الأبْقَع ، والفأرة، والكلب العقور ، والحُدَيًّا » . والغراب الأبقع : هو ما في ظهره بياض وفي بطنه بياض .

ورواه الترمذي في سننه (١٩٧/٣) حديث (٨٣٧) ، وابن ماجه (١٠٣١/٢) حديث (٣٠٨٧) أيضًا عن عائشة (رضي الله عنها) به .

(٢) في الأصل ونسخة (أ) : « ضاري » بإثبات الياء ، والصواب حذفها ؛ لأنها مُعَلّة إعلال « قاضٍ » وهو ما ثبت في نسخة (ب) .

(٣) حديث صحيح : رواه أبو داود في سننه (٤١٨/٥) (٣٥) كتاب « الأدب » (١٧٦) باب « في قتل الذر » حديث (٥٢٦٧) بإسناده عن ابن عباس قال : « إن النبي ﷺ نهى عن قتل أربع من الدواب : النملة ، والنحلة ، والهدهد ، والصُّرَد » . ورواه ابن ماجه (١٠٧٤/٢) (٢٨) كتاب « الصيد » (١٠) باب « ما ينهى عن قتله » حديث (٣٢٢٣) . ورواه الإمام أحمد في مسنده (٣٣٢/١) جميعًا من طرق عن عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة عن ابن عباس مرفوعًا به .

وأما الخطاف فرواه أبو داود في المراسيل ص (٢٨١) من حديث عباد بن إسحاق عن أبيه قال : « نهى رسول الله ﷺ عن قتل الخطاطيف » ورواه البيهقى في السنن الكبرى (٣١٨/٩) معضلًا أيضًا من حديث أبي الحويرث عن النبي ﷺ . ورواه ابن حبان في الضعفاء من حديث ابن عباس ، وفيه الأمر بقتل العنكبوت ، وفي إسناده عمرو بن جُمَيْع كذبه ابن معين ، وقال فيه البخاري : منكر الحديث . انظر المجروحين لابن حبان (٧٧/٢) . لسان الميزان (٣٥٨/٤) .

عنه) [على] [1] أن المحرِم يَفْدي الهدهدَ بالجزاء ، ولا يُفْدَى عنده إلا حَلَالٌ ، واختلف الأصحاب [2] في حله لذلك [3] .

وأما اللقلق [4] ، فالأظهرُ أنه يحل [5] ؛ لأنه كالكُرْكِيّ [6] .

وأنواعُ الحماماتِ حلالٌ ، وهُنَّ [7] كلُّ ذاتِ طَوْقٍ . وأنواعُ العصافير – وإن اختلفت ألوانها [حلال] [8] – وهي كثيرة . والفاختة واليمام [9] ، والقُمْري من الحمامات [10] . والزُّرْزُور ، والصعْوَةُ من العصافير [11] . وإنما يُنْظر فيه إلى تَقارُب الأشكال ، لا إلى الألوان .

وأما الغربانُ ، فإنها من الفواسق مع الحدأة . والبَغَاثةُ في معنى الحدأة ، وهي ذاتُ مخلبٍ ضعيف [12] ، ولكنها تقرب من الحدأة . والغرابُ الأبقع هو المقطوع بتحريمه ، أما الأسود

= وقال ابن الصلاح : « وأما الخطاف ، ففيه أحاديث لا تثبت ، مذكورة في كتاب السنن الكبير ، فما ذكره المؤلف – يعني الغزالي – مُلَفَّقٌ من حديثين ، أحدهما غَيْرُ ثابتٍ ... والصرد : طائر فوق العصفور يصيد العصافير ، وهو ضخم الرأس ، نصفُه أبيض ونصفُه أسود ضخم المنقار ، وأصابعُه كبيرة » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٥٦/ب)

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في (ب) : « أصحابنا » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بذلك » .

(٤) اللقلق : طائر أعجمي يأكل الحيات ، والأفصح فيه : اللقلاق . انظر . القاموس المحيط ص (١١٩٠) .

(٥) في (أ) : « حلال » .

(٦) في الروضة (٢٧٣/٣) : « أن اللقلق يحرم على الأصح » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « وهي » .

(٨) زيادة من (ب) .

(٩) قال ابن الصلاح : « واختلف أهل اللغة في اليمام ، فعند الأصمعي هو الحمام الوحشي ، وعند الكسائي : اليمام هو الحمام الذي يألف البيوت ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٥٦/ب) .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « من الحمام » ويعني أنها نوع من أنواع الحمام .

(١١) قال ابن الصلاح : « الصعوة : واحد ، والجمع : الصِّعْو . وهي صغار العصافير ، وهو أحمر الرأس ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٥٦/ب) .

(١٢) في (أ) ، (ب) : « صغير » .

الكبير ، فألحقه المراوزةُ بالأبقع ، وتردد فيه العراقيون (١) . وأما غراب الزرع - وفيه غُبْرَةٌ ليستْ كثيرة (٢) ، ومنه المحمرةُ المناقير والأرجل - ففيها تردد (٣) .

وأما طيرُ الماءِ فمباحٌ كلُّه (٤) ، وكذا في جميع حيواناته ، إلا مَالَه نظيرٌ فى البرّ محرمٌ ، ففيه قولان ذكرناهما (٥) .

الأصل السادس : كل ما استخبثته العربُ (٦) ، فهو حرام ، قال الله تعالى : ﴿ يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْۖ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَـٰتُ ﴾ (٧) ، وإنما خرج على ما هو طَيِّبٌ عندهم ، فالحشراتُ كلُّها مستخبثةٌ ، وكانت العرب تستخبث الباز (٨) والشاهين والنسر والصقر ، كما تستخبث العظاية (٩) واللُّحَكَاء (١٠) والخنافس . واللحكاءُ : دويبةٌ تغوص فى الرمل مثل الأصبع . والعظايةُ مثلُ الوزغ . والضّفْدعُ والسُّلَحْفَاة من المستخبثات ، وكذا السرطان .

ولا يَحِلّ من الحشرات شيءٌ إلا الضبة . وفي أُمّ حُبَيْنٍ تردد (١١) ، وفي الآثار أنها تفدى

---

(١) والغراب الأسود الكبير ، يُسَمى الغراب الجبليّ ؛ لأنه يسكن الجبل ، والأصح فيه أنه حرام أيضًا كالغراب الأبقع . انظر الروضة (٢٧٢/٣) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ليست كبيرة » .

(٣) والأصح أنها حلال . انظر الروضة (٢٧٢/٣) .

(٤) ولكن لا تَحِلُّ مَيْتَتُها قطعًا . انظر الروضة (٢٧٥/٣) .

(٥) مالا يعيش إلا فى الماء ، إذا لم يكن على صورة السموك المشهورة ، فيه ثلاثة أوجه أو أقوال ، وأصحها : أنه يحل مطلقا ، وهو المنصوص في الأم ؛ لأن اسم « السمك » يُطْلق على جميعها . الروضة (٢٧٤/٣) .

(٦) في (ب) : « كل ما استخبثه العرب » .

(٧) من الآية (٤) من سورة (المائدة) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « البازي » .

(٩) في (أ) ، « العظاة » . وهي دويبة أكبر من الوزغة .

(١٠) اللحكاء : بضم اللام وفتح الحاء والكاف ، وهي دويبة كأنها سمكة ملساء ، كأنها شحمة مُشْربة حمرة تكون في الرمل ، فإذا أحسَّت بالإنسان غاصت في الرمل . انظر لسان العرب (٤٠١٠/٥) .

(١١) والأصح أنها حلال كما في الروضة (٢٧٧/٣) . وهي دويبة على خلقة الحرباء ، عريضة الصدر ، عظيمة البطن على قدر الضفدع ، غبراء لها أربع قوائم . القاموس ص (١٥٣٣) .

بحُلَّان ، وكأنه ولد الضب [(١)] ، وذوات الأجنحة من الحشرات كالذباب ؛ فإنها [(٢)] مستخبثة ، وإنما يحل منها الجراد . وفي الصرارة [(٣)] تردد ، لتردده بين الخنافس والجراد ، وهو بالخنفساء أَشْبَهُ [(٤)] .
وفي القنفذ تردد [(٥)] ؛ لما رُوِيَ أن ابن عمر (رضي الله عنه) أفتى بِحِلّه ، واستدل بقوله تعالى : ﴿ قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ ﴾ الآية [(٦)] ، فقام شيخٌ وقال : أشهد أن رسول الله ﷺ قال : « إنها من الخبائث » [(٧)] ، فقال ابن عمر (رضى الله عنه) : « إن قال ، فهو كما قال » [(٨)] ، فسبب التردد في قول الشيخ وعدالته [(٩)] .

ثم لا وجه فيما أَشْكَلَ خبثُه إلا الرجوعُ إلى العرب ، فإنها – وإن كانت أمةً كبيرة – فطباعُها مُتقاربةٌ .

الأصل السابع : ما أخبر الله تعالى [عنه] [(١٠)] ورسولُه ﷺ أنه كان حرامًا على الأمم

---

(١) قال ابن الصلاح : « والحُلَّان : بحاء مهملة مضمومة ، بعدها لام ألف مُشددة ، ثم نون ، وهي الجدي . وقال الأصمعي : الحلّام والحلان – بالميم والنون – صغار الغنم ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٥٧/ب) .

(٢) في (ب) : « لأنها » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الصراصر » .

(٤) والصراصر حرام على الأصح كما في الروضة (٢٧٧/٣) . وهو حيوان فيه شبه من الجراد ، يصيح صياحًا دقيقا ، وأكثر صياحه بالليل ، ويسمى صرار الليل . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٥٧/ب) .

(٥) وهو حلال على الأصح كما في الروضة (٢٧٧/٣) . وقال ابن الصلاح « قوله : (وفي القنفذ تردد) كلامُ مَنْ لم يَقِفْ على نصّ الشافعي (رضى الله عنه) وقطْعِه بحِلِّه كما ذكرناه فيما سبق » . المشكل (جـ٢ ق ١٥٧/ب) .

(٦) من الآية (١٤٥) من سورة (الأنعام) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « وقال أشهد على أبي هريرة أنه قال : سمعت رسول الله ﷺ قال : إنه من الخبائث » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « إن كان قاله رسول الله ﷺ فهو كما قال » .

(٩) حديث ضعيف : رواه أبو داود (١٥٧/٤) (٢١) كتاب « الأطعمة » (٣٠) باب « في أكل حشرات الأرض » حديث (٣٧٩٩) ، ورواه الإمام أحمد في مسنده (٣٨١/٢) حديث (٨٩٤١) كلاهما من طرق عن سعيد بن منصور عن عبد العزيز بن محمد عن عيسى بن نميلة عن أبيه به .

وقال الخطابي : ليس إسناده بذاك . وقال البيهقي : فيه ضَعْفٌ ، ولم يُرْوَ إلا بهذا الإسناد . انظر معالم السنن على هامش سنن أبى داود (١٥٧/٤) . التلخيص الحبير (١٧٢/٤) . وانظر المشكل (جـ ٢ ق ١٥٧/ب) .

(١٠) زيادة من (أ) ، (ب) .

السالفة ، فهو حرامٌ على أحد القولين وإن لم يكن في شرعنا ذِكْرُ تحريمِه علينا ، ولا نرْجِعُ في ذلك إلى قول أهل الكتاب ؛ إذْ لا يُوثَقُ بقولهم . والقول الثاني أن الاعتماد على عموم آية الإباحة أولى من اعتماد استصحاب [حال] [١] الشرائع السابقة [٢] .

الأصل الثامن : ما حُكِم بحلِّه ، إذا خالطَتْه نجاسةٌ ، فهو حرام كالزيت النجس ، وبيْعُه حرامٌ . وإن ماتت فأرةٌ في سمن ذائبٍ - أو غيره - فكذلك ، وإن كان جامدًا قُوِّر ، وطُرح ما حولَه ، والباقي طاهرٌ ، كذلك أمر رسول الله ﷺ [٣] .

والجَلَّالة - وهي الحيوان الذي يتعاطى العذرة والأشياءَ القذرة - حلالٌ إن لم يظهر النتن في لحمه [٤] ، فإن ظهر النتن فهو نجسٌ وحرام ، وإن تكلَّف بالعلف إزالةَ رائحتِها [٥] حَلَّتْ ، وإن تكلَّف بالطبخ فلا . وجلدُها يَطْهر بالدباغ والذكاة إن لم تبق الرائحة في الجلد . وذكر العراقيون أن الجلالة تُكْرَه ولا تَحْرُم . أما الزرع فحلالٌ وإن كَثُرَ الزبلُ فيه ؛ فإنه لا يظهر الرائحة [فيه] [٦] .

الأصل / التاسع : ما حُكِم بِحِلِّه ، فميتتُه ومنخنقتُه حرامٌ ، وبالجملة كلُّ مالم يُذبح ذَبْحاً شرعياً كما وصفناه ، ولا يُستثنى عن ميتته إلا الجرادُ وحيواناتُ البحر ؛ لقوله عليه السلام : ٢٧٦/ب

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) وهذا القول الثاني هو الأظهر : أنه لا يُسْتصحب حكْمُه في شرع من قبلنا . انظر الروضة (٣/ ٢٧٧) .

(٣) الحديث رواه البخاري (٩/٥٨٥) (٧٢) كتاب « الذبائح والصيد » (٣٤) باب « إذا وقعت الفأر في السمن الجامد أو الذائب » حديث (٥٥٤٠) بإسناده عن ميمونة (رضي الله عنها) قالت : سئل النبي ﷺ عن فأرة سقطت في سمن ، فقال : « ألقوها وماحولها وكلوه » . ورواه أبو داود (٤/١٨٠) حديث (٣٨٤١) والترمذى (٤/٢٢٥) . والنسائي (٧/١٧٨) جميعا من طرق عن الزهري عن عبيد الله بن عبد الله عن ابن عباس عن ميمونة مرفوعًا به . ورواه أبو داود أيضًا حديث (٣٨٤٢) بإسناده عن أبي هريرة (رضى الله عنه) مرفوعًا بلفظ : « إذا وقعت الفأرة في السمن ، فإن كان جامدًا فألقوه وما حولها ، وإن كان مائعًا فلا تقربوه » .

وقال ابن الصلاح عن هذا الحديث : « ذكره البخاري ، ولم يُصَححه من حديث أبي هريرة ، وصححه من حديث ميمونة أم المؤمنين مختصرًا ، فأصل الحديث ثابت مع اختلاف في إسناده ولفظه ، والله أعلم » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لحمها » .

(٥) في (ب) : « رائحته » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

« الحلُّ ميتته »[١] ، وعن المنخنقة إلا الجنين الذي يُوجد ميتًا في بطن المذبوح ، فإنه حلالٌ ، وَرَدَ فيه الخبر[٢] .

الأصل العاشر : ما اكتُسب بمخامرة[٣] نجاسة ككسب الحجام : فقد نهى رسول الله ﷺ [عنه][٤] فروجع [مرارًا][٥] فقال : « أَطْعِمْهُ عَبْدَكَ ونَاضِحَكَ »[٦] ، ....

---

(١) حديث صحيح : رواه أبو داود (٦٤/١) (١) كتاب « الطهارة » (٤١) باب « الوضوء بماء البحر » حديث (٨٣) بإسناده عن أبي هريرة يقول : سأل رجلٌ النبيَّ ﷺ فقال : يا رسول الله ، إنا نركب البحر ونحمل معنا القليل من الماء ، فإن توضأنا به عطشنا ، أفنتوضأ بماء البحر ؟ فقال رسول الله ﷺ : « هو الطهور ماؤه ، الحِلُّ مَيْتَتُه » . ورواه الترمذي (١٠٠/١) (١) كتاب « الطهارة » (٥٢) باب « ما جاء في ماء البحر أنه طهور » حديث (٦٩) . ورواه النسائي (٥٠/١) كتاب « الطهارة » باب « ماء البحر » . ورواه ابن ماجه (١٣٦/١) (١) كتاب « الطهارة وسننها » (٣٨) باب « الوضوء بماء البحر » حديث (٣٨٦) . ورواه أحمد (٣٦١/٢) حديث (٨٧٢٠) جميعًا من طرق عن مالك عن صفوان بن سليم عن سعيد بن سلمة عن المغيرة بن أبي بردة عن أبي هريرة مرفوعًا به .

(٢) حديث صحيح : رواه أبو داود (٢٥٢/٣) (١٠) كتاب « الأضاحي » (١٨) باب « ما جاء في ذكاة الجنين » حديث (٢٨٢٧) بإسناده عن أبي سعيد الخدري قال : سألت رسول الله ﷺ عن الجنين ، فقال : « كلوه إن شئتم » وفي رواية « قلنا : يا رسول الله ننحر الناقة ونذبح البقرة ، والشاة ، فنجد في بطنها الجنين ، أَنُلْقِيه أم نأكله ؟ قال : « كلوه إنْ شئتم ؛ فإن ذكاته ذكاة أمة » .

ورواه الترمذي (٦٠/٤) (١٨) كتاب « الأطعمة » (٢) باب « ما جاء في ذكاة الجنين ذكاة أمه » حديث (١٤٧٦) مختصرًا . ورواه ابن ماجه (١٠٦٧/٢) (٢٨) كتاب « الذبائح » (٥) باب « ذكاة الجنين ذكاة أمه » حديث (٣١٩٩) . ورواه أحمد في مسنده (٣١/٣) حديث (١١٢٧٨) . جميعا من طرق عن مجالد عن أبي الوداك عن أبي سعيد مرفوعًا به . ورواه أبو داود حديث (٢٨٢٨) بإسناده عن جابر بن عبد الله عن رسول الله ﷺ قال : « ذكاة الجنين ذكاة أمه » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بمجاورة » .　　(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) أيضًا .

(٦) حديث حسن : رواه أبو داود (٧٠٧/٣) (١٧) كتاب « البيوع والإجارات » (٣٩) باب « في كسب الحجام » حديث (٣٤٢٢) بإسناده عن ابن محيصة عن أبيه « أنه استأذن رسول الله ﷺ في إجارة الحجام ، فنهاه عنها ، فلم يزل يسأله ويستأذنه حتى أمره : أنِ اعْلِفْه ناضحك ورقيقَك » .

ورواه الترمذي (٥٧٥/٣) (١٢) كتاب « البيوع » (٤٧) باب « ما جاء في كسب الحجام » حديث (١٢٧٧) ورواه ابن ماجه (٧٣٢/٢) (١٢) كتاب « التجارات » (١٠) باب « كسب الحجام » حديث =

وهذه كراهيةٌ ، وليس [1] بتحريم . وقد عُلل بأن ذلك مكتسب من حرفة خسيسةٍ جائزة [2] ومخامرة نجاسة [3] .

وعندي أن التعليل بذلك يُوجِبُ إلحاقَ أجرةِ الكناسِ والدباغ به ، ولم يَذْهب إليه أحدٌ [4] ، ولعل السبب فيه ، أن الحجامةَ والفصدَ جرحٌ مفْسِد للبنية ، وهو حرام في الأصل ، وإنما يُبَاح بتوهُّم المنفعة ، وذلك مشكوك فيه ، ويطرد [هذا] [5] في أجرة من يقطع يدًا مُتَآكِلةً لا ستبقاءِ النفس ، ولا يطرد في أجرة الجلاد الذي يقطع في السرقة . [6] وقد أوردت هذه العلة في كتاب الحلال والحرام [6] من كتب إحياء علوم الدين . وقد ذكر الشافعي (رضى الله عنه) في آخر هذا الكتاب [7] الودك النجس والانتفاع به وبيعه [8] ، وقد ذكرناه في البيع .

* * *

= (٢١٦٦) . جميعا من طرق عن الزهري عن ابن محيصة عن أبيه مرفوعًا به .

والناضح : هو البعير الذي يستقى عليه من البئر ونحوه . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ١٥٨/أ) .

(١) في (ب) : « وليست » .

(٢) كلمة : « جائزة » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « ومجاورة نجاسة » .

(٤) قال ابن الصلاح : « وهذا عجب ، فقد ذهب إلى ذلك من لا نُحصيه من أئمتنا ، وهو المقطوع به فى « المهذب » و« التهذيب » وهو في « الشامل » و« بحر المذهب » منسوب إلى أصحابنا على الإطلاق ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٥٨/ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « وقد حررتُ هذا في كتاب « الحلال والحرام » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « الباب » .

(٨) كلمة : « وبيعه » ساقطة من (أ) ، (ب) .

الباب الثاني
في حالة الاضطرار

قال الله تعالى : ﴿ إِلَّا مَا ٱضۡطُرِرۡتُمۡ إِلَيۡهِۗ ﴾ (١) ، فيباح تناولُ الحرامِ للضرورة . والنظر في حدِّ الضرورةِ ، وجنسِ المستباح ، وقَدْرِه .

أما الضرورةُ ، فنعني بها أن يَغْلب على ظَنّه الهلاكُ إن لم يأكل ، وكذلك إن خاف مرضًا يخاف منه الموت لجنسه لا لطوله ، وإن كان يخاف طول المرض وعُسْرَ العلاج ، ففيه قولان (٢) . ولا شك في أنه لا يُشترط أن يصبر حتى يُشْرف على الموت ، فإن الأكل بعد ذلك لا يَنْعشه (٣) . والظنُّ كالعلم ها هنا كما في المكْرَه على الإتلاف (٤) .

ثم إذا جاز الأكل ، وَجَب أن لايجوز السَّعْيُ في الهلاك ، وفيه وجه : أنه يجوز الاستسلامُ ؛ تورعًا عن الحرام كما في الصيال . وهو ضعيف ؛ لأن ذلك إيثارُ مُهْجةٍ على مهجة .

وأما تحريم الميتة (٥) فلا ينتهي إلى هذه الرتبة ، نعم يتجه ذلك (٦) ما دام المضطر غير قاطع بأن تَرْكَ الأكلِ يَضُرُّه ، بل ظانًّا (٧) ظَنًّا قريبًا من الشك فإن ذلك يُدْرَك بنوع اجتهادٍ .

النظر الثاني : فى قَدْرِ المُستباح . وفي جواز الشبع - بعد تحققِ الضرورة - نصوصٌ مضطربةٌ ، حاصِلُها ثلاثةُ أقوالٍ :

أحدها : أنه يجب الاقتصارُ على سَدِّ الرَّمَق ؛ إذ رجع إلى حالة لا يجوز ابتداءُ الأكلُ على مثله (٨) وزَالَ الخوفُ والاضطرارُ .

---

(١) من الآية (١١٩) من سورة (الأنعام) .

(٢) والأظهر أنه يحل هنا أيضًا تناول المحرّم . انظر الروضة (٣/٢٨٢) .

(٣) أي : لا يرفعه ولا يقيمه . وفي بعض النسخ : « لا ينفعه » بدل « لاينعشه » المشكل (جـ٢ ق ١٥٨/ب) .

(٤) يعني أنه لا يُشترط - فيما يخاف منه - تَيقُّنُ وقوعِه لو لم يأكل ، بل يكفي غلبةُ الظنّ .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وأما الميتة » بدون كلمة « تحريم » .

(٦) أي ترك الأكل من المحرّم .

(٧) كلمة : « ظانا » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « مثلها » .

والثاني : أنه يشبع ؛ إذْ نُبيح [(١)] للمضطرِ الأكلَ مطلقًا وتحققت الضرورة أولًا .

والثالث : أنه إن كان في بلدٍ اقْتَصَر على سَدِّ الرمق ، وإن كان في بادية وخاف إن لم يشبع [أن] [(٢)] لا يتقوى على المشْي ويهلك ، فيشبع [(٣)] ، وهذا يستدعي مزيدَ تفصيلٍ ؛ فإن من علم في البادية أنه لولم يشبع ، ولم يتزوَّد ، لا يَقْوى ولا يَجد غيره ويهلك ، فيجب القطعُ بأنه يشبع ويتزود ، ولا يُفارق الابتداءُ الدوامَ فى هذا وإن كان في بلد . ولو سَدَّ الرمق [ثم] [(٤)] توقع طعامًا مباحًا قبل عودالضرورة : وجب القطع بالاقتصار [(٥)] ؛ إذِ الضرورةُ تُبيح إزالةَ الخوف دون الشبع . فإن كان لا يتوقع طعامًا ولكن [(٦)] يمكنه الرجوع إلى الميتة - إن لم يجد مباحًا - فهاهنا يتجه التردد ؛ إذ لو شبع لم يُعَاوِدْ على قُرْب ، وإن اقتصر عاد على القرب ، فيحتمل أن يُقَال هذا وإن لم يَجُزْ في الابتداء . ولكن بعد أن وقع في الأكلِ ، فالأكلُ دفعةً أقربُ من المعاودة كلَّ ساعة . والأقيسُ ما اختاره المزني (رحمه الله) وهو سَدُّ الرمق إلحاقًا للدوام بالابتداء .

النظر الثالث : في جِنْس المستباح . ويُبَاح الخمر لتسكينِ العطش ؛ لأنه [(٧)] مُسْتيقَن كإساغةِ اللقمة ، بخلاف التداوي [(٨)] . ويُبَاح كلُّ حرامٍ إلا ما فيه سَفْكُ دمٍ معصومٍ ، وليس له

---

(١) في (أ) ، (ب) : « والثاني : أنه يستبيح ؛ إذ أُبيح ... » .

(٢) زيادة من (أ) .
(٣) في (ب) : « فليشبع » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وجب الاقتصار » بدون كلمة « القطع » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ولكنه » .
(٧) في (أ) ؛ « فإنه » .

(٨) قال ابن الصلاح (رحمه الله) : « هذا غَيْرُ صحيح ؛ لأن في كونها مسكنة للعطش خلافًا ظاهرًا ، ومن يعتقدها مُسَكِّنةً للعطش ، لا مستند له قاطعًا في ذلك ، ولو شربها - وهي مرة - فوجدها مسكنة للعطش قطعًا ، لم يستفد بذلك القطع فيما يريد أن يشربه ، هو أو غيره بعد ذلك ؛ لاختلاف الأمزجة باختلاف الأحوال ، فلن يوجد في ذلك سوى الظنّ ، فلا فَرْقَ إذن بينه وبين الظن في التداوي ، وهذا قاضٍ على ما ذكره شيخه في تقدير ذلك من قوله : (من قال : الخمر لا يسكن العطش فليس على بصيرة) ولا يُعَدُّ مثل هذا مذهباً ، بل هو غلط آيلٌ إلى الحِسّ ، ومُعَاقِرُ الخمر يجتزىء بها عن الماء ، وكأنه لم يقف على ماحكاه صاحب « البحر » من نص الشافعي على المنع من شرب الخمر للعطش ؛ مُعَلِّلًا بأنها تعطش وتُجيع ، وعن القاضي أبي الطيب الطبري أنه سأل عن هذا بعضَ مَنْ يُجِيز ذلك فقال : الأمر كما قال الشافعي (رضي =

قَتْلُ ذميٍّ ، أو معاهد ، ولا قَتْلُ عبدِه وولدِه ، (1 ويجوز له قَتْلُ المرتد 1) والزاني المحصن وإن كان ذلك مَنُوطًا بالإمام ؛ لأن الضرورة (2) تُقَاوِم هذا القدَر ، وكذلك قَتْلُ الحربيَّةِ جائزٌ على الظاهر ، وإباحةُ قَتْلِ ولدِ الحربيِّ - وهو صغير - فيه نظرٌ ، والأظهرُ جوازُه ؛ لأنه لا يُقاوم تحريمُه روحَ مسلمٍ .

فروع

الأول : لو قَطَع فِلْذَةً من فخذه - ولم يكن الخوفُ منه كالخوف من الجوع - ففي جوازه وجهان . ولا يجوز أن يَقْطع من فخذ عبدِه وأجنبيٍّ آخر ؛ لأن له أن يُفْدِي نفسَه ببعضِ نفسه ، ولا يمكن ذلك في حقِّ غيره .

الثاني : إذا ظفر بطعامِ مَنْ ليس مضطرًا مثلَه ، فله أَخْذُه ، وليس لمالكه (3) / مَنْعُه ، ولكن الأصح أن يستأذن أولًا ، فإنْ مَنَعَ أَخَذَه قهرًا ، فإنْ قاتَلَه فَدَمُ المالكِ هدرٌ ، ودمُ المضطر مضمونٌ بالقصاص عليه . ولو قال المالك : أبيع منك ، فعليه الشراءُ . ثم إن كان بثمن المثل لزمه الشراء (4) وإن زاد الثمنُ ، فهو مضطرٌ في شرائه كالمُصَادَرِ (5) ، فلا يلزمه على أحد القولين (6) إلا إذا قدر على سَلبه [قهرًا] (7) فاشترى ، فإنه يصير مختارًا (8) . ولو أَوْجَرَ المالكُ المضطرَّ الطعامَ قهرًا ، ففي ٢٧٧/أ

= الله عنه) : إن الخمر تَرْوِي في الحال ثم تُثير عطشًا عظيمًا . وفي « تعليق » القاضي حسين أن الأطباء قالوا : الخمر تزيد العطش ، وأهلُ الشرب يحرصون على الماء البارد ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٥٨/ب وما بعدها) .

(1) في (أ) ، (ب) : « ويجوز قتل المرتد » بدون كلمة « له » .

(2) في (أ) : « غير أن الضرورة » .

(3) في (أ) ، (ب) : « وليس للمالك » .

(4) في (أ) ، (ب) : « لزمه » بدون كلمة « الشراء » .

(5) أي : المصادَر من جهة السلطان الظالم إذا باع ماله للضرورة ولدفع الأذى الذي يناله .

(6) أي فلا يلزمه الزيادة على ثمن المثل على أحد القولين فى اعتبار صحة هذا البيع ، والأصح من القولين صحة هذا البيع ، فيلزمه المسمى . انظر روضة الطالبين (٢٨٧/٣) .

(7) زيادة من (أ) ، (ب) .

(8) وحينئذ يلزمه المسمى بلا خلاف ، والخلاف السابق إنما هو فيمن عجز عن الأخذ قهرًا . انظر الروضة (٢٨٨/٣) .

استحقاقه القيمة [1] عليه ، وجهان [2] .

الثالث : إذا وجد ميتةً وطعامَ الغير ، [3] ففيه ثلاثة أوجه [3] :

أحدها : أن الميتة أولى ؛ ترجيحًا لحقِّ الآدمي .

والثاني : المال أولى ، إذْ تفويتُ العينِ ببدلٍ أسهلُ من تناولِ الميتة [4] .

والثالث : أنَّه يتخيَّر ؛ لتعارضِ الأمرين .

والصيدُ في حقِّ المحرِم كطعام الغير [5] ، ولو كان عنده لحمُ صيدٍ ، فهو أولى من الميتة [6] ؛ فإن [7] المحذور حق الصيد في القتل ، وتحريمُ اللحمِ على المحرِم أهونُ من تحريم الميتة العام تحريمُها ، والله أعلم [8] .

* * *

(١) في (أ) : « لثمنه » .

(٢) وأحسن الوجهين أنه يستحق القيمة ؛ لأنه خلصه من الهلاك . انظر الروضة (٢٨٨/٣) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فثلاثة أوجه » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « والثاني : تناول مال الغير ببدل أسهل من تناول الميتة » .

(٥) يعني أن المحرم إذا كان مضطراً لتناول الميتة ، فالصيدُ - في الإحرام - بمنزلة مال الغير لغير المحْرِم .

(٦) وترجيح الغزالي هنا أولى مما في الروضة من أن المذهب أنه يلزمه أكل الميتة .

(٧) في (أ) ، (ب) : « لأن » .

(٨) قوله : « والله أعلم » ليست في (أ) .

كتابُ السَّبْقِ والرَّمْي

وفيه بابان

الباب الأول
في السبق

ويجوز أن يشترط المتسابقون في الخيل مالًا للسابق يُسْتحقّ بالسبق . والرخصةُ فيه تحريض على تعلُّم أسباب القتال ؛ قال الله تعالى : ﴿ وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ ﴾ (١) . ولا غَنَاءَ في القوس (٢) والسهم إذا لم يسبقه تعلُّمُ الرمي ، ولا في الأفراس الجياد إذا لم يمارسْها فارسٌ حاذِق . وأبطل أبو حنيفة (رحمه الله) هذا العقد .

ويتهذّبُ البابُ بفصولٍ ثلاثة

---

(١) من الآية (٦٠) من سورة (الأنفال) .

(٢) قال ابن الصلاح (رحمه الله تعالى) : « قوله : (ولا غَنَاءَ في القوس) الغناء : الغين المعجمة وبالمدّ ، أي : النفع والكفاية » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٠/أ) .

الفصل الأول

فيما يجوز العقد عليه

وقد قال (عليه السلام): «لا سَبَقَ إلا في خُف، أو حافرٍ، أو نَصْلٍ»(١)، وأراد بالخفِّ الإبلَ، (٢ وهو أيضًا عدةٌ للقتال ٢) وإن لم يَبْلُغ مَبْلَغَ الفرس حتى لا يستحقّ به سهم الفارس (٣)، والمعنى معقولٌ من ذِكْرِ هذه الأشياء الثلاثة؛ (٤ فيلحق به ما في معناه ٤)، لكنْ من الأصحاب مَنْ يتبع الاسمَ، (٥ ومنهم من يتبع ظهورَ المعنى، ومنهم من يتبع أصْلَ المعنى وإن ضَعُفَ.

أما الخفُّ، فأُلْحِقَ به الفيلُ ٥)؛ لأنه أظهر (٦) غناءً من الإبل في القتال (٧). وفيه وجه: أنه لا يُلحق به؛ لأنه نادرٌ، (٨ ونعلم أنه عليه السلام ٨) ما أراده. وهو بعيد.

وأما البغال والحمير، فلا تلحق (٩) على الظاهر؛ إذْ لا غناء لها في القتال (١٠). (١١ وفيه وجه: أنه تلحق؛ لأن ركوبها مقدّمةٌ لتعلُّمِ ركوب الفرس، ويكفي أصْلُ المعنى ١١)؛ وهو بعيد.

---

(١) حديث صحيح: رواه أبو داود سننه (٦٣/٣) (٩) كتاب «الجهاد» (٦٧) باب في «السّبق» حديث (٢٥٧٤) بإسناده عن أبي هريرة (رضي الله عنه) قال: قال رسول الله ﷺ: «لا سَبَقَ إلا في خف أو حافر أو نصل». والرواية الصحيحة لهذا الحديث (لا سَبَقَ ...) بفتح الباء، وهو ما يُجعل للسابق على مَنْ سبقه من جُعْلٍ أو نوال أو عطاء.

وقال ابن الصلاح عن هذا الحديث: «هو حديث حسن الإسناد، والرواية الصحيحة فيه «لا سَبَقَ» بفتح الباء، وهو العوض الذي يُسَابق عليه، أما بإسكان الباء فهو مصدر (سبقه) والله أعلم». المشكل (جـ٢ ق ١٦٠/أ).

(٢) في (أ)، (ب): «فهو أيضًا عدةُ القتال».

(٣) في (أ)، (ب): «سهم الفرس».

(٤) في (أ)، (ب): «فيلحق ما في معناها».

(٥) ما بين الرقمين ساقط من (أ)، (ب).

(٦) في (أ، (ب): «أكثر».

(٧) قوله: (في القتال) ساقط من (أ)، (ب).

(٨) في (أ)، (ب): «ونعلم أن النبيّ عليه السلام».

(٩) في (أ)، (ب): «قال تلتحق».

(١٠) في (أ)، (ب): «في المعنى».

(١١) ما بين الرقمين ساقط من (أ) (ب). وقال ابن الصلاح: «قوله: (وأما البغال والحمير، فالظاهر أنها لا تلتحق. وفيه وجه: أنها تلتحق) هذا ليس بوجه، بل هو المنصوص، فالأمر على العكس مما ذكر؛ فإن الظاهر من نص الحديث ومِنْ مذهب الشافعي إلحاقُها في الجواز بالخيل، وقد نص الشافعي على ذلك في «المبسوط» ومن حيث المعنى ليست دون الإبل، والله أعلم». مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٠/أ، ١٦٠/ب).

وأما النَّصْل ، فيستوي فيه (١ أصحاب القِسيّ ١) من النَّاوَك (٢) وغيره ، وكذلك أنواع النَّصْل كالمسلة والإبرة فهو (٣) في معنى السهم ، والاسمُ أيضًا يشمل .

وأما الزانات والمزاريق (٤) ، فهي على رتبة (٥ بين الفيل والحُمر ٥) ، والظاهر إلحاقُها ، لغنائها ولشمولِ اسمِ النصْل ، ولكن هذا الخلاف جارٍ (٦ في الرمي بالحجارة ٦) والمقاليع ؛ لغنائها وإنْ لم يشملْها اسمُ النصل .

واستعمال السيف [أيضًا] (٧) قريبٌ من رتبة الزانات ؛ فإنَّ غناه أظهرُ من الكلّ ، ولكن اسم النصل (٨ بعيد عنه ٨) ، ولكن هو الأصل في القتال ، وهو نِفَارٌ من السكين ، والرمحُ نفارٌ من السيف ، والرمْيُ نِفَارٌ من الرمح (٩) .

فأما المسابقة بالطيور والحمامات - وفائدتُها نَقْلُ الأخبار - فالظاهر مَنْعُه ؛ لِبُعْدِ المعنى وضعفِه . وفيه وجه : أنه يجوز .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أنواع القسي » .

(٢) الناوك : اسم فارسي لنوع من أَنواع القسي . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٠ /ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فهي » .

(٤) قال ابن الصلاح (رحمه الله) : « قوله : (وأما الزانات والمزاريق ...) هما نوعان من الحراب . والزانات بالزي المنقوطة والنون ، قيل : هي التي تكون مع الديلم ، ولها رأسٌ دقيق ، وحديدتُها عريضة ، والله أعلم . و« المزاريق » واحدها : مِزْرَاق ، على مثال « مفتاح » . وقال الجوهري : هو رمح قصير ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٦٠ / ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « بين الحمير والفيل » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « في الترامي بالأحجار » .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « عنه بعيد » . وقال ابن الصلاح : « ذكر أن اسم « النصل » بعيد عن السيف ، وليس كما قال ؛ فإن استعمال « النصل » في السيف كثير في اللغة غير نادر ، ففي صحاح اللغة للجوهري : « النصل : نصل السهم والسيف ، والسكن ، والرمح » . ولو قال كما قال شيخه : إن اسم « النصل المطلق » بعيد عنه لكان أقرب ، ومع ذلك فهو غير مُسَلَّم ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ١٦١/أ) .

(٩) قال ابن الصلاح : « قوله : (لكن هو الأصل في القتال ، وهو نِفَارٌ من السكين ، والرمحُ نفار من السيف ، والرمي نفار من الرمح) فقوله : (نفار) في الموضع الثلاثة ، وهو بنون مكسورة ، بعدها فاءٌ ، أي : نفور وفرار . والمقصود بهذا الكلام بيان هذه الآلات في القتال ، فتماسكُ الرجال في موقف القتال متقدم في الرتبة ، والتطاعن =

الفصل الثاني

في شروط العقد

وهي خمسة :

الأول : الإعلام في المال ومقداره ، وفي الموقف ، والغاية بتعيينها والتساوي فيهما [١] ، فلو شُرِط تقدمُ أحدِهما بمسافةٍ ، ويجري الآخر وزعم أنه يَسْبقه : لم يَجُزْ بالاتفاق ؛ لأن اختلاف الأفراس بالفراهة لاتنضبط مقاديرها ، فَلْيُضْبط بالتساوي [٢] .

ثم إن كان أحد الفرسين بحيث يسبق قطعًا لو تساوقا ، فالعقد باطل ، وكذلك لو شرطا [٣] أن يتساوقا [في الركض] [٤] إلى حيث يسبق أحدهما ، فيستحق المال ، لم يَجُزْ ؛ لأن الجواد قد يحتدّ في آخر الميدان ، فلا معنى لاقتحامِ جهالةٍ بغير فائدة .

ولو عَيَّنَا الغاية ولكن شَرَطا استحقاق الشرط [٥] لمن يسبق في وسط الميدان ، ففيه وجهان . وكذلك لو عَيَّنَا الغاية ، ولكنْ شَرَطَا غايةً أخرى يمتدون إليها إن لم يسبق في الأولى ، ففيه وجهان مرتبان ، وأولى بالجواز .

الشرط الثاني : أنه إذا تسابق جماعةٌ ، فينبغي أن يُشْترط السَّبَق للسابق ، فلو شُرِط للمُصَلّي – وهو التالي للسابق [٦] – ففيه ثلاثة أوجه :

= بالرماح فرارٌ ونفور من السيوف ، والرميُ بالسهام فرارٌ ونفار من الرماح . فاعْرفِ الكلمةَ ، فإنها قد خفيت ، وصُحّفت في النسخ بوجوه من التصحيف أضاعت المعنى ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦١/أ) .
قلت : هذه الكلمة – في المخطوط الأصل – تصحَّفَتْ إلى « يقارب » وفي نسخة (ب) تصحَّفَتْ إلى « يقاوم » . وقد صححتُها من كلام ابن الصلاح (رحمه الله ورضي عنه)

(١) في (أ) ، (ب) : « فيها » .

(٢) في (ب) : « فالضبط بالتساوي » .

(٣) في (ب) : « لو شرط » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « استحقاق السبق » .

(٦) الصَّلا – على وزن العصا – هو مغْرِز الذَّنب من الفرس ، والتثنية : صَلَوان . ومنه قيل للفرس الذي بعد السابق : المصَلِّي ؛ لأنّ رأسه عند صَلَا السابقِ ، والفعلُ منه : صلَّى ، يقال : صَلَّى الفرَسُ ، إذا تَلاَ السابقَ . انظر المصباح المنير (٥٢٩/١) . القاموس المحيط ص (١٦٨١) .

أحدها : المنع ؛ لأنّ المقصود [إظهارُ] [1] الجلادة بالسبق دون التخلُّف [2] .

والثاني : الجواز ؛ لأن ضبط الفرس بعد احتداده على حد المراد يحتاج إلى جلادة .

والثالث : أنه لا يشترط الكلُّ / إلا للسابق . ٢٧٧/ب

أما لو شَرَطَ للمصلّي قدرًا [3] دون ما للسابق - وهكذا على الترتيب [و] [4] التفاضل [5] لكلّ من هو أقرب [5] إلى السابق ، فهو جائز .

وأما الفِسْكِل - وهو الأخير - فلا يجوز أن يُخَصَّص بفضلٍ قطعًا . وهل يجوز أن يَشْترط له شيئًا [6] دون الآخرين ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن التخلف لا يعجز عنه أحدٌ .

والثاني : نعم ؛ لأنه منهم ، وقد اجتهد [7] ؛ [8] فيجوز أن يشرك فيه [8] .

الشرط الثالث : أن يكون فيما [9] بينهم مُحَلِّل ؛ ليميلَ بالعقد عن صورة القمار ، والقمارُ أن يجتمع في حقّ كل واحد خَطَرُ الغُرْمِ والغُنْم [10] ، بأنْ يخرج كل واحد [منهما] [11] مالًا يحرزه إن يسبق [12] ويأخذ مال صاحبه ، وهذا حرامٌ قطعًا ، وإنما المباحُ أنْ يُخرج الإمام مالًا

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة (٣٥٢/١٠) . الغاية القصوى (٩٩٠/٢) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « قدر » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لكل مَنْ قرب » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « شيء » .

(٧) وهذا الوجه الثاني هو الأصح انظر الروضة (٣٥٣/١٠) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « فيجوز أن يشترط له » .

(٩) كلمة : « فيما » ليست في (أ) ، (ب) .

(١٠) قال ابن الصلاح : « قوله : (والقمار : أن يجتمع في حق كل واحد خطرُ الغرم والغنم) كان ينبغي أن يقول : (وتوقُّعُ الغنم) . وإن قرأته (والغنمُ) بالرفع أدى معنى ذلك على تكلف . والظاهر من حاله أنه قاله بالجرّ مضيفًا الخطر إلى الغرم والغنم معًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦١/أ) .

(١١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(١٢) في (أ) ، (ب) : « إن سبق » .

للسابق أويُخْرج رجلٌ من عرْض الناس [١] ؛ إذ يأخذ كلُّ واحدٍ لو سبق ، ولا يغرم لو تخلف . وكذلك لو أخرج أحدُ المتسابقين مالًا – ورضي بأن يُحْرزه إنْ سبق ، ويَبْذُلَه إن تخلف – جاز . وكذلك إن تسابق ثلاثةٌ وأخرج رجلان منهم المالَ ، والثالث لم يُخْرِجْ : فهو مُحَلِّل ، فإن شُرط المال للمحلل إن سبق ، ولم يُشترط لأحد المستبقين [٢] شيء إذا سبق ، بل الآخران فقط : فهذا جائز ؛ لأن الذي يأخذ ، ليس يغرم شيئًا ، والذي يغرم ليس يأخذ شيئًا . وإن شرطا أن يستحق المحلل كِلا المالَيْنِ ، وإن سبق أحدُ المسْتَبِقَيْنْ أحرز ماله ، وأخذ مال صاحبه ، ففي صحة هذه المعاملة قولان :

أحدهما : المنع ؛ لاجتماعِ الخطر في حقّ كل واحد [منهما] [٣] .

والثاني : الجواز ؛ لأنّ هذه عادةُ المسابقة ، ولا يرضى باذِلُ المال بمجرد الإحراز إن سبق .

ودخول المحلل الواحد الذي لا يأخذ [مالًا] [٤] ولا يُعطي مالًا : يَخْرُج بالعقد [٥] عن صورة القمار ، [٦] فيكفي – على هذا – مُحَلل واحد بين مائة [٦] .

وعبروا عن محلّ الخلاف بأنَّ المحلل ، يُحَلّل لنفسه فقط ؟ أو لنفسه ولغيره ؟ فعلى هذا لو قال : لا سَبَقَ إلا للمحلل إذا سبق ، فسبق أحدُهما ، والمحلل مُصَلٍّ ، والآخرُ فِسْكِلٌ : فهل يَسْحق المحللُ مالَ الفِسْكل ؟ وفيه وجهان :

---

(١) قال ابن الصلاح « قوله : (رجل من عُرْض الناس) هو بضم العين المهملة ، وإسكان الراء المهملة . أي : من وسط الناس ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦١/أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإن شرط المال للمحلل إن سبق ، ولم يشترط لأحد المستبقين شيء إذا سبق وقع في النسخ (المستبقين) بالتاء المثناة ، والباء الموحدة ، وإنما هو (المسبقين) بالباء الموحدة من غير تاءٍ ، والمسبق الذي يعطي السَّبَق . ثم هو عندي من قولنا : استبق فهو مستبق ، أي : أعطى السَّبَق الذي هو المال ، فهذا الوصف الذي يخصهما دون المحلل . وأما وصف الاستباق – وهو المسابقة – فالمحلل مشارك لهما فيه . وهكذا هو في كل موضع بعد هذا مما ذكر فيه ذلك وصفًا منه لهما دون المحلل ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٦١/أ ، ١٦١/ب) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « يُخْرِج العقْدَ » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فلو كان – على هذا – محلل واحد بين مائة » .

أحدهما : نعم ؛ لأنه سبقه .

والثاني : لا ؛ لأنه مسبوقٌ بالأول ، فلا يُسَمى سابقًا مطلقًا .

والخلاف راجع إلى أن اسم السابق [هل] (١) يحمل على السابق مطلقًا ، أو على السابق بالإضافة ؟ . وكذا الخلاف لو كان المصلي أحدَ المستبقين ، وقد شُرِط السَّبَق للسابق - وجوَّزْنا ذلك على أحد القولين - فإذا كان المستبق (٢) الثاني وراءه ، فهل يستحق شيئًا من ماله وهو مسبوقٌ وسابقٌ ؟ فيه وجهان .

فرع : إذا شرط السَّبَق للسابق - وجوَّزْنا ذلك - فسبق المحلِّلُ ، وجاءا متساوقين بعده : أخذ المحلل ماليهما . وإن تساوقا ، وأتى المحلّل بعدهما ، فلا مَالَ لأحد . وإن سبق المحلل ، وتلاه المستبقان (٣) متلاحقين (٤) ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أن المحلل يأخذ ماليهما ؛ لأنه سبقهما ، وهو الصحيح .

والثاني : أنه يأخذ مال المصلِّي ، والمصَلِّي يأخذ مال الفِسْكل (٥) ؛ لأنه سبقه أيضًا . وهذا ضعيف ؛ لأن المحلل أيضًا سبقه .

والثالث : أن المحلل يأخذ مالَ المصلي ، ومالُ الفسكل (٦ بين المصلي والمحلل ٦) ؛ لأنهما سبقاه ، وهو أيضًا ضعيف .

وأما (٧) إذا جاء المحلل مع أحدهما متساوقين والآخر فسكل ، فمالُ الفِسكل لهما ، إلا إذا

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) ، (ب) : « المسبق » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وتلاه المسبقان) في الجميع : « مُسْبَق » على مثال « مخرج » . وقيل : هو مُسَبَّق ، بتشديد الباء وجماعةٌ ذكروا هذا دون الأول ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦١/ب)

(٤) في « الأصل متلاحقان » .

(٥) قال ابن الصلاح : « سُمِّي الفرس الثاني مُصَلِّيًا ؛ لأنه جاء ، ورأسُه صَلا السابق . و « صَلا » بفتح اللام : عَنْ يمين الذَّنَب وشماله ، وسُمِّيَ راكبه أيضًا : مُصَلِّيًا . والأخير : فِسْكِل - بكسر الفاء والكاف ، وبينهما سين مهملة ساكنة - والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦١/ب)

(٦) في (أ) ، (ب) : « بين المحلل والمصَلّي » . (٧) في (أ) ، (ب) : « أما » بدون الواو .

قلنا : إن المحلل لا يحلل إلا لنفسه ؛ فيفوز إذ ذاك بالمال .

أما إذا سبق أحدهما - والمحلل مُصَلٍّ ، والآخر فسكل ، ففي مال الفسكل [(١] أوجه أربعة [١)] تجتمع من الأصلين المذكورين :

أحدها : أنه للسابق ، وهو على قولنا : إن السَّبَق للسابق المطلق ، وإن المحلل يحلل لغيره .

والثاني : أنه [(٢)] لا شيء لأحد [منهما] [(٣)] وهوعلى قولنا : المحللُ لا يحلل لغيره ، والمسبوقُ لا شيء له وإنْ سَبَق غيره .

والثالث : أنه بين المحلل والسابق ، وهو على قولنا : يحلل لغيره ولا يُشْترط السَّبق المطلق .

والرابع : أنه للمحلل ، وهو على قولنا : إنه [(٤)] لا يحلل لغيره ، والمسبوقُ يستحق إذا سبق غيره .

الشرط الرابع : أن يكون سبق كلِّ واحدٍ [منهما] [(٥)] ممكنًا ، فإن كان فرسُ أحدهما ضعيفًا نعلم قطعًا أنه يتخلف ، أو فرسُ الآخر فارهًا نعلم أنه يَسْبق : بطل العقد ؛ لأن المتخلف إنما يَرْكُضُ مع نفسه إذا لم يطمع في السبق .

وإن كان السبق ممكنًا - ولكن على الندور - ففي صحته خلافٌ .

وتجوز المسابقة بين الفرس العربي والتركي ، فلا يضرُّ اختلاف النوع . وأما [(٦)] المسابقة بين البغل والفرس ، [(٧] أو بين الإبل والفرس [٧)] : ففيه خلاف ، منهم من أَلْحَقَ اختلاف / الجنسِ ٢٧٨/أ باختلافِ النوع [(٨)] .

الشرط الخامس : تعيين الفرسين ، ولا يجوز الإبدال بعد التعيين ، وهل يجوز العقد على

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أربعة أوجه » .
(٢) ليست في (أ) ، (ب) .
(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٤) ليست في (أ) ، (ب) .
(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٦) في (أ) ، (ب) : « أما » بدون الواو .
(٧) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .
(٨) والأصح أن اختلاف الجنس يمنع الجواز . انظر الروضة (٣٥٧/١٠) .

فرسين موصوفين من غير إحضار . ثم يحضر كما وَصَفَ ؟ ، فيه وجهان [١]

ثم اعلم أنّ الاعتماد – في السبق – على الأقدام ، [٢] وهو الذي يعتبر تساويهما [٢] في ابتداء الموقف دون العنق ؛ فإن ذلك يطول ويقصر [٣] . ونقل العراقيون عن الشافعي (رضي الله عنه) أنّ الاعتبار في الإبل بالكَتَدِ والخفّ ، وفي الفرس بالعنق ؛ لأن الإبل تمتد أعناقها إذا عَدَتْ ، والخيل ترفع رءوسَها [٤] .

* * *

(١) والأصح من الوجهين الجواز ؛ كما قام الوصف في السَّلَم مقام الإحضار . انظر الروضة (٣٥٧/١٠) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فهي التي يعتبر تَساويهما » .

(٣) قال ابن الصلاح : « ذكر أن الاعتبار في السبق بالأقدام دون العنق . واستعمالُ لفظ « الأقدام » في الدواب غيرُ معروف ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦١/ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ترفع رأسها » . وقال ابن الصلاح : « قوله : (ونقل العراقيون عن الشافعي أن الاعتبار في الإبل بالكتد والخف ، وفي الفرس بالعنق ؛ لأن الإبل تمدّ أعناقها إذا عَدَتْ ، والخيل ترفع رءوسَها) قوله : (كَتَد) هو بكافٍ وتاء مثناة من فوق مفتوحين ، ويقال أيضًا بكسر التاء . ثم منهم من قال : الكتد هو الكتف ، ومنهم من قال : هو مجتمع أسفل العنق وأعلى الظهر وذلك هو مجتمع الكتفين .

وما ذكره من أن الإبل تمدّ أعناقها في العَدْو ، والخيل ترفع رءوسها ، فهو هكذا في « البسيط » وهو مقلوب وفاسد من حيث المعنى والنقل . إنما هو العكس أن الخيل تمدُّ أعناقها في العدو ، والإبل ترفع رءوسها وأعناقها ، هكذا هو في طرِيقَتَي الخراسانيين والعراقيين ، وكذا ذكره شيخُه والقاضي حسين ، وتلميذُه الشيخ حسين صاحب « التهذيب » . والشيخُ أبو حامد الإسفرائيني ، وصاحب « الشامل » ، وصاحبُ « البحر » ، وبهذا يستقيم المعنى والتعليلُ للحكم المذكور ؛ لأن التي تمدُّ أعناقَها ، هي التي يمكن اعتبارُ السَّبق فيها بالعنق والتي ترفع أعناقها ، لا يتهيَّأ اعتبارُ السَّبق فيها بالعنق ، فَيعْتبر بالكتد ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ١٦١/، ١٦٢/أ) .

الفصل الثالث
في حكم هذه المعاملة

وفي لزومها قولان :

أحدهما : لا يلزم ؛ تشبيها [لها] (١) بالجعالة .

والثاني : يلزم ؛ تشبيهًا له بالمساقاة والإجارة (٢) .

ثم منهم من قطع بأنه لا يلزم في حقِّ المحلل ومَنْ أخذ ولا يبذل (٣) ؛ لأنه مغبوط بكل حال كالمرتهن والمكاتب . ومنهم مَنْ طرد القولين ؛ لأنَّ علمه في الفروسية مقصودٌ للباذل (٤) حتى يتعلم منه (٥) .

التفريع : إنْ قلنا : إنه جائز ، لم يُشْترط القبولُ على الصحيح . وهل يصحُ ضمانُ السبق والرهن به (٦) ؟ فيه وجهان كما في الجعالة . وإن قلنا : يلزم ، فلا يجب تسليمُ السَّبَق في الحال ، بخلاف الأجرة ، بل ولا بأس يجب البداية بتسليم العمل ، ولا يجوز الإبطال والتأخير ، ويجوز ضمانُه والرهنُ به ، وقال القفال (رحمه الله) : يُبْنى على ضمان ما جرى سببُ وجوبه ولم يجب ، كنفقة العدو . واليأس بما ذكره .

وأما فسادُ هذه المعاملة - بكون العوضِ خمرًا أو مالًا (٧) مغصوبًا - هل يُوجِبُ (٨) الرجوعَ بشيء ؟ فيه وجهان:

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة (٣٦١/١٠) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (لا يلزم في حق المحلل ، ومَنْ يأخذ ولا يبذل) يعني بهذا : الذي لم يُخْرج شيئًا منهما ، فيما كان إذا كان المخرج للسَّبَق أحد المتسابقين دون الآخر ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٦٢/أ) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « مقصود الباذل » .

(٥) كلمة (منه) ليست في (أ) ، (ب) .

(٦) قوله : (به) ليس (أ) ، (ب) .

(٧) في الأصل : « ومالًا » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « يجب » .

أحدهما : نعم ؛ كما لو (١) فسد القراضُ .

والثاني : لا ؛ لأنّ هذا لم يتحصل على شيء وأكثرُ فائدة العمل ها هنا (٢) للعامل ، وهو الرياضة ، وقد فات الاستحقاق بما علق به .

وإن قلنا : يستحق شيئًا ، (٣ فإن أمكنَ الرجوعُ ٣) إلى قيمة المشروط - بأنْ يكون الفسادُ لجهالِة الموقف والغاية وغيره - ففيه طريقان :

منهم مَنْ قطع بالرجوع إلى أجْر المثل (٤) كالقراض .

ومنهم من قال : فيه (٥) قولان كما في بدل الخلع ؛ إذ ليس هذا معاوضة محضة .

فإن لم يكن له قيمةٌ ، فالرجوعُ إلى أجْر عملهِ (٦) في جملة الركض ، لا في قدر السبق قولًا واحدًا .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

(٢) قوله : (ها هنا) ليس في (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فأمكن الرجوع » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « أجرة المثل » .

(٥) قوله : (فيه) ليس في (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « أجرة عمله » .

الباب الثاني

في الرَّمْي
(وفيه فصول)

الفصل الأول

في الشروط

والنظر في ستة شروط :

الشرط الأول (١) : في المحلل (٢) .

(٣ وتفصيلُه كما ذكرناه في السبق ٣) ، فإنْ شرط الإمامُ – أو غيرُه – لمن زادتْ إصابتُه : جازَ ، وكذا (٤) لو شرط واحدٌ من المترامين (٥) على ما ذكرناه .

الشرط الثاني : اتحاد الجنس .

وفي العقد على السهام والمزاريق وجهان كما في مسابقة الخيل والبغال ، وهذا أولى بالجواز ؛ (٦ لأنَّ أكثر الأثر في الرمي للعمل ٦) ، وأكثر الأثر (٧ للدابة في السبق ٧) ؛ فإنه حيوان مختارٌ في العَدْو .

وأما اختلاف النوع فغيرُ مانعٍ ، كقسيِّ العرب والعجم ، وكالناوك – وهو قوس الحسبان (٨) – مع

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الأول » بدون كلمة « الشرط » .

(٢) في الأصل : « المحلل » بدون حرف الجر « في » وهو ثابت في (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وتفصيله ما ذكرناه في السبق » .

(٤) في (ب) : « وكذلك » . (٥) في (ب) : « الرامين » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « لأن أكثر الرمي في الرمي للعمل » .

(٧) في (أ) ، (ب) « في السبق للدابة » .

(٨) الحسبان : هي سهامٌ أصغر من النبل ، وهي التي يرمى بها عن القسي الكبار في مجارٍ من خشب ، واحدها : حسبانة . والنبل هي السهام العربية . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٢/أ)

السهم . [ثم][1] إذا جرى التعيينُ ، فلا يجوز الإبدالُ بالأجود ، كإبدال العربية بالفارسية ، أما إبدالُ الفارسية بالعربية [2] ففيه وجهان [2] :

أحدهما : [3] أنه يجوز ؛ لأنه يجوز إبداله بفارسية أخرى [3] ؛ إذْ عَيْنُ القوسِ لا يتعين ، بل نوعُهُ ؛ فَبِأَنْ يجوز بالعربية – وهو أَرْدَأُ – أولى .

والثاني : لا ؛ لأنّ ذلك لايَنضبط ، فَحَسْمُ البابِ أَولَى .

فرعان

الأول [4] : لو أُطلق العقد ولم يعين النوع ، نُزّل على ما يَغْلب في العادة الترامي به . وإن اختلفت العادةُ ، فوجهان :

أحدهما : الفسادُ ؛ لِتَوَقُّع النزاعِ .

والثاني : أنه يصح أَنْ يُطَابَقَا على شيء .

وإن طَلَب كلٌّ واحدٍ نوعًا آخر – وقلنا : إن العقدَ جائزٌ – فهو رجوعٌ . وإن قلنا : إنه لازمٌ ؛ فقد تعذَّر إمضاءُ العقِد ، فيفسخ .

الثاني : تبديلُ [5] القوس بمثله جائزٌ بخلاف الفرس لأن الاعتماد ها هنا على العمل ، [6] ولا عمل إلا له [6] وإنْ [7] شرط أنْ لا يبدل ، فهذا تضييقٌ بغير فائدة ، وفي صحة هذا الشرط وجهان . فإنْ قلنا : لا يصح ففي فساد العقد به – وبكلِّ شرطٍ فاسدٍ يستقل العقد دونه لو تُرِكَ – وجهان [8]

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فيه وجهان » .

(٣) في (أ) ، (ب) « أنه يجوز إبدالها بفارسية أخرى » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « أحدهما » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « إبدال » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ولا عمل للآلة » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « فلو » .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (وبكل شرط فاسد يستقل العقد دونه لو ترك – وجهان) يعني به لو ترك ذكر الشرط من أصله وأطلق العقد ، وفيه احتراز من اشترط عدد من الإصابات معلوم مثلاً ، فإنه لا يصح العقد دونه لو ترك ، فإذا ذكر على وجه فاسد ، فسد العقد ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٦٢/ب) .

وإن قلنا : [١] إنه صحيح [١] ؛ فيجب الوفاءُ به مالم ينكسر ، فإن انكسَرَ جاز الإبدالُ ، وإن [٢] شرط أنْ لا يبدل وإن انكسر بل تنقطع المعاملةُ : فهذا لا يحتمل ويفسد العقد .

الشرط الثالث [٣] :

أن تكون الإصابة المشروطة ممكنةً ، لا ممتنعةً ولا واجبةً . أما الممتنعة فكإصابة [٤] مائةِ رِشْقٍ على التوالي / من هدف صغير وغاية بعيدة [٥] ، أو أصل الإصابة من مسافة بعيدة [٦] في غاية البعد . ٢٧٨/ب

ولو كانت ممكنةً على ندور [٧] ففي صحة المعاملةوجهان .

أما الواجبُ فكإصابة واحد من مائة مع قرب المسافة ، يشرط ذلك على حاذق ، فلا خطر فيه ، وفي صحته وجهان :

أصحهما : الجواز ؛ للتعلم [٨] بمشاهدة رَمْيِه ، كما لو قال مَنْ لا يرمي لرامٍ : ارْمِ مائةً ولك كذا .

والثاني : أنه [٩] لا بد من خطر لصحة هذه المعاملة .

فعلى هذا ، لو كان بينهما محلل عُلِمَ قطعًا أنه لا يفلح ؛ فوجودُه كعدِمه ، ولو عُلم [١٠] قطعًا أنّ المحلل يفوز [١٠] خُرِّجَ على الوجهين ، وكذلك إذا [١١] لم يكن محلل ، وشَرَطَ كلٌّ واحد مالًا ، ولكنْ عُلِمَ قطعًا أن أحدهما يفوز ، فهو على صورة المحلل ، ولا أثر لذكر المال .

فرع : لو تَراضَيا [١٢] على أن يراميَ كلُّ واحدٍ واحدًا فقط والسَّبَقُ لمن اختصّ بالإصابة ، فالأصحُ الصحةُ ، وفيه وجه : أنه لا يجوز ؛ إذْ رُبَّ رمية من غير رامٍ ، فقد يصيب الأخرقُ بالاتفاق مرةً ، فلا يظهر به [١٣] حِذقٌ .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « يصح » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فلو » .

(٣) كلمة (الشرط) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « كإصابة » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « ومسافة بعيدة » .

(٦) كلمة (بعيدة) ليست في (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « على الندور » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « للتعليم » .

(٩) قوله : (أنه) ليس (أ) ، (ب) .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « أن المحلل يفوز قطعًا » .

(١١) في (أ) ، (ب) : « وكذلك إنْ » .

(١٢) في (أ) ، (ب) : « تَرَامَيَا » .

(١٣) في (أ) ، (ب) : « فيه » .

الشرط الرابع : الإعلام .

وكلُّ ما يختلف به الغرض ، يجب إعلامُه ، كمقدار المال ، وعددِ الإصابة منها [١] . أما طول المسافة بين [٢] الموقفِ والهدفِ ، ففيه قولان ، وفي عرض الهدف قولان مرتبان [٣] ، وفي قدرِ ارتفاع الهدف من الأرض قولان مرتبان [والصورة] [٤] الأخيرة أولى بأنْ لا يُشْترط ذِكْرها ، فأحدُ القولين أنه لا يُشْترط ، بل يُنَزَّل على العادة كالمعاليق في استئجار الدابة فإنه يُنَزَّل على العادة على الأصح [٥] .

والثاني : لابُدَّ من ذكره ؛ لأن النزاع يكثر فيه ، والعرضُ يختلف فيه [٦] .

وأما عدد الأرشاق ، ففي ذكره ثلاثةُ أقوال . والرِّشْقُ [٧ عبارةٌ عن نَوْبة من الرمي تجري من الرامين ٧] كعشرة عشرة ، وعشرين عشرين [٨] . وفيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا يُشترط ، بل يكفي ذكْرُ عددِ الإصابات [٩] ، فيشترط السبق بعشر إصابات ، وربما يكون ذلك في خمسين ، وربما في عشرين .

والثاني : أنه يجب ؛ وهو كالغاية في المسابقة حتى تنتهي المعاملة بها .

والثالث : أنه يشترط في المحاطة ؛ فإنَّ توقُّعَ الحطِّ لا منتهى له ولا يشترط في المبادرة .

والمحاطّة أن يشترط حط إصابة أحدهما من الآخر حتى يخلص للواحد عشرة مثلًا ، والمبادرة هو أن يستحق مَنْ يسبق [١٠] إلى تمام العشرة ، حتى لو أصاب كلُّ واحد تسعةً ، ثم أصاب أحدهما ، ولم يُصِبِ الآخر في العاشرة [١١] ، استحقَّ مَنْ أصاب . وكذلك قد يتضايق الرماةُ في

---

(١) في (أ) ، (ب) : « منهما » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « مِنْ » .

(٣) قوله : (مرتبان) ساقط من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) قال الحموي : « قوله في المسابقة : (أما طول المسافة بين الموقف ففيه قولان مرتبان وأولى بأن لا يسقط ذكره ، فأحد القولين : أنه لا يشترط بل يترك على العادة كالمعاليق في استئجار الدابة ، فإنه ينزك على العادة على الأصح) .

قلت : ذكر الشيخ في الإجارة أنه لو ذكر المعاليق من غير تفصيل ، قال الشافعي : القياس : أنه فاسدٌ ؛ للتفاوت ، ثم قال : (ومن الناس من ينزله على وسط مقصده ، ومن الناس من جعل هذا قولًا له) وهذا يخالفه كما لا يخفى .

وطريق الجواب أن يقال : إن تشبيهه بالمعاليق ليس كان من حيث إن الأصح في هذا كالأصح في الإجارة ، وإنما مراده أن العرف يقتضي في الإجارة عند الإطلاق عدمَ الصحة ، وفي المسابقة الأصح عنده : أن تصح ؛ لأن المقصود منها التعلم ، وفي الإجارة المقصود هو العوض » . إشكالات الوسيط (ق ١٨١ / أ ، ١٨١ / ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « به » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « عبارة عن نوبة تجري بين الرامين » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « أو عشرين عشرين » .

(٩) في (أ) : « الإصابة » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « مَنْ سبق » .

(١١) في الأصل : « العاشر » والمثبت من (أ) ، (ب) .

البداية ؛ (١ إذ يكون الهدف خاليًا ١) ، والرامي على جَمام قوته (٢) ، فالإصابةُ أغلبُ ، ففي لزومِ ذكْرِ ذلك قولان :

أحدهما - وهو القياس - : أنه يجب .

والثاني : أنه يبدأ بالمسْتَبِق (٣) ، وهو واضع المال ، فإنه عادةُ الرماة ، وهذا تركٌ للفقهِ والقياسِ بالعادة ، ولا يختلف القولُ في كلّ عادة تخالف القياسَ [إذ الشافعيُّ لا يترك القياس لأجل عادة مخالفة له] (٤) بل أمْرُ البداية أمرٌ هيّنٌ ، فلذلك تردَّدَ فيه الشافعيُّ (رضي الله عنه) .

وفيه قول ثالث : أنه يصحُّ ، ويُقرع بينهم .

ثم إن شرطوا أنْ تكون البداية (٥ لمن خرج القرعة له ٥) في كلّ الرشقات ، فذاك ، وإلا ففي إعادة القرعة في كل رشقة أو عموم حُكْمِ الأول - وجهان ، وكذلك مطلق شرط البداية . وفي العقد ، هل يتناول كلَّ رشقة ؟ ، فيه خلاف .

وأما (٦) إذا كان المستبِق أكثر من واحد ، فلا وَجْهَ إلا الإفساد أو قول القرعة .

فرع : في صحة العقد على البرْتَاب (٧) وجهان ، ومقصودُه الإبعادُ دون الإصابة :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فإن الهدف يكون خاليًا » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (على جَمَام قوته) هو بفتح الجيم ، أي : اجتماع قوته . وقد غُيِّر في بعض النسخ (تمام قوته) والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٢/ب) . قلت : هو في النسخ الثلاثة الأصول (تمام قوته) وأثبتُّه كما قال ابن الصلاح .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (يبدأ بالمستبق واضع المال) فيه إشعار - بما أصلحناه من تصحيف النسخ - فيما سبق ذكره - وهو المسبّق ، بالكسر والتشديد ، على مثال « المُعَلِّم » وهو الذي قاله غير واحد من الأصحاب ؛ أخذًا مما حكى الأزهري أنه يقال : سبّق ، بتشديد الباء ، أي : أعطى السَّبَق . وسبّق أيضًا ، أي : أخذ السَّبَق . والذي اخترناه من أنه « المُسْبِق » على مثال « المخرج » فيه السلامة من هذا الاشتراك ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٢/ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لمن خرجت له القرعة » .

(٦) في الأصل : « أما » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (في صحة العقد على البرْتَاب) هذه اللفظة ، قد أَشْكَلت على مَنْ لا يَعْرف الفارسيةَ ، وهي (البرتاب) بباءٍ موحدة مفتوحة ، ثم راء ساكنة ، ثم تاء مثناه من فوق ، ثم ألف ، ثم باء موحدة . وتُعرف بالفاء في أولها ، فيقال : الفرتاب . ومعناه : الإبعاد في الرمي على حسب قوته لا إلى غاية معينة ، وهو الذي يُقال فيه بالعربية : غَلا بالسهم غَلْوةً ، إذا رمى به بُعْدَ ما يَقْدِر عليه ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٦٣/أ) .

أحدهما : المنع ؛ إذْ لا غَرَضَ فيما لا إصابة فيه .

والثاني : أنه يصح – وهو الأصحُّ – إذْ قد يحتاج إلى إلقاءِ السهم في القلعة .

ثم إذا صحَّ ، (1) فلا بد من تساوي السهمين (1) والقوسين في اللّين والخِفة ، حتى إن الرماة يتضايقون فيه إلى حدّ يشرطون (2) الرمي عن قوس واحدٍ بسهمٍ واحدة .

الشرط الخامس : أن يرد العقد على رماة معينين .

ولا يجوز إيراده على الذمة ثم تعيين الرماة . ويصح العقد (3) بين الحزبين (3) ، ولكن التحزّب يكون بالتراضي لا بالتحكم ، ولا يجوز أن يكون بالقرعة ؛ لأنها قد يجتمع الحذاقُ (4) في جانب ، إلا أن يقرعوا (5) أولًا ، ثم ينشئون العقد على ما ميزت (6) القرعةُ ، فإن ذلك رضًا مستأنف ، وهو جائز ، إلا إذا عُلم قطعًا فَوْزُ أحدِ الحزبين ، فذلك لا ينعقد على وجه ؛ لانتفاء الخطر .

ولا خلاف في أنه لو ترامى غريبان صَحّ (7) ، وإن أمكن أن يكون أحدهما بحيث لو عُلِمَ حالُه لتحقَّق عَجْزُه أو ظَفَرُه ، ولكن (8) إن بَانَ تفاوتٌ يرفع الاحتمال فيتبين (9) بطلان العقد .

ثم لا يشترط التساوي / في عدد الرماة في التحزب ، بل في الإصابة ، فقد يُرَامي واحدٌ ٢٧٩/أ
اثنين ، ولكن يرمي الواحدُ سَهْمين ، وكلُّ واحدٍ من الاثنين سهمًا واحدًا ، ثم يفض السَّبق (10) على عدد الرءوس ، وإن اختلفوا في عدد الإصابة ، إلا أن يشترط التوزيع على عدد الإصابة .

---

(1) في (أ) ، (ب) : « فلا بد من التساوي في السهمين » .

(2) في (ب) : « يشترطون » .

(3) في (أ) ، (ب) : « في حزبين » .

(4) في (أ) ، (ب) : « تَجْمع الحذاقَ » .

(5) في (أ) ، (ب) : « إلا أن يقترعوا » .

(6) في (أ) ، (ب) : « ميزته » .

(7) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولو ترامى غريبان) معناه : تعاقد على الرمي شخصان ، لا يَعْرِف كلٌّ منهما حال صاحبه ، هل هو مستيقن العجز أو الظفر ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٦٣/أ) .

(8) في الأصل : « لكن » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .

(9) في (أ) ، (ب) : « فيتعين » .

(10) في (أ) ، (ب) : « السهم » .

ثم المحلل في التحزّب يجوز أن يكون من الحزبين ، ويجوز أن يكون خارجًا عنهما ، يناضلهم أَوْ لا يناضلهم [(١)] . فلو شرط أحد الحزبين لواحدٍ منهم الغُنْمَ دون الغرم ، فقد حلل [هذا] [(٢)] لنفسه ، وهل يُحَلّل لغيره ؟ فعلى الخلاف المذكور ، وها هنا أولى بأنْ يصح ؛ لأن المحلل هو الذي يستحق جميعَ السهم ، وهذا لا يستحق إلا بعض السهم [(٣)] .

فرع : لو ترامى حزبان ، واجْتَازَ بهما رجلان قبل العقد [(٤)] ، فاختار كل واحد واحدًا ، ثم

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (ثم المحلل في التحزب يجوز أن يكون من الحزبين ، ويجوز أن يكون خارجًا عنهما ، يناظلهم أو لا يناضلهم) هذا مشكل جدا ، وكان قد ورد عليَّ من بعض البلاد الجامعة رقعةٌ فيها سؤال عن معنى قوله : (يناضلهم أو لا يناضلهم) ، وعن قوله : (يجوز أن يكون من الحزبين) قاطعًا بذلك مع كونه ذكَر عقيبه خلافًا فيما إذا كان المحلل واحدًا من أحد الحزبين !! فأجبتُ بأن قوله : (المحلل يجوز أن يكون من الحزبين) معناه : يجوز أن يكون المحلل أحد الحزبين - بأن لا يُخْرج أحد الحزبين شيئًا ، ويُخْرِج الحزبُ الآخرُ السّبَق ، وفي صورة الخلاف المحللُ واحدٌ من أحد الحزبين .

وقوله : (ويجوز أن يكون خارجًا عنهما) معناه : يكون المحلل حزبًا ثالثًا ، أو شخصًا ثالثًا . وقوله : (يناضلهم) صورته : أن يُخرج الحزبان كلٌّ واحد منها سَبقًا ، ويُدْخِلَا معهما ثالثًا لا يخرج شيئًا ، فهو محلل يناضلهم ؛ لأن الجميع يرمون كما في مثله في مسابقة الخيل ، الجميع متسابقون .

وقوله : (أوْ لا يناضلهم) صورته : ما إذا كان المخْرِج للسَّبَق هو الإمام أو واحد من الرعية - من غير أن يُخْرِج الحزبان شيئًا ، فالمحلل - وهو ها هنا مُخْرِجٌ للمال - خارجٌ عنهما ، وهو يرمي معهم ويناضلهم .

وقد قصد المصنف (رحمه الله) بكلامه هذا استيفاءَ جميع الصور الثلاث التي يحلُّ فيها المالُ للسابق على نحو ما سبق ذكْرُه في المسابقة على الخيل ، وأوجز العبارةَ مُسْتعمِلًا لفظ « المحلل » في خلافِ معناه المعروف ؛ إذ المعروف تخصيصُ اسم « المحلل » بمن يَغْنم ولا يَغْرم ، فأَدْخَلَ هو تحت اسمه من يَغْرم ولا يَغْنم ، والله المستعان . ثم ظهر لي فيه وجه آخر في قوله : (يناضلهم أو لا يناضلهم) وهو أنه يحتمل أن يكون أراد أن المحلل إذا كان خارجًا عن الحزبين - إما حزبًا ثالثًا ، وإما شخصًا ثالثًا - فجائزٌ أن يكون من جماعتهم وهو المراد بقوله : (يناضلهم) أي هو مُتَصَدٍّ لمناضلتهم ، وجائزٌ أن يكون من غيرهم ، وهو المراد بقوله : (لا يناضلهم) أي هو غير مُتَصَدٍّ لمناضلتهم . وهذا سبب الإشكال ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٣/أ ، ١٦٣/ب) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « السَّبق » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (لو ترامى حزبان ، واجتاز بهما رجلان قبل العقد) معناه : لو أرادا الترامي » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٤/أ) .

عَقَدَا : جاز . فإنْ خَرَج أحدُهما أخرقَ ، لم يكن له خيارُ الردّ؛ فإنه المقصر ، إذْ عقد قبل البحث . وإن بَانَ أنه غَيْرُ رَامٍ أصلًا ، سَقَطَ وسقط مقابلُه ، وهذا ينقدح إذا (١) لم يقدر على نَزْع القوس (٢) . أما إذا لم يكن تعلَّم أصلًا ، ولكنْ يقدر على الرمي ، فيحتمل خلافًا في جواز مناضلة مثله ؛ إذْ لا خطر فيه . فإن لم نجوِّز فيسقط ، وإلا احْتُمِل أن يجعل كالأخرق (٣) .

الشرط السادس : تعيينُ الموقف مع التساوي . فلو شُرِط لبعضهم التقدمُ . فهو باطلٌ كما في المسابقة . وأما الواقف في الوسط ، فلا شَكَّ أنه أقربُ إلى المحاذاة ، ولكن (٤) هذا القدر يُحْتمل لضرورةِ الصفّ . فإنْ تنازعوا فيه ، فهو كالبداية بالرمي والتنافُسِ فيه ، وقد ذكرناه .

فرع : لو (٥) تراضَوْا بتقدمِ واحدٍ فلا يجوز (٦) ، وكأنهم رَضُوا بأنْ يفوز من غير رمي محسوبٍ ، أو حطوا العشرة فى حقه إلى التسعة (٧) ..

---

(١) في (أ) ، (ب) : « إن » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (لا يقدر على نزع القوس) له اتجاهٌ وإن كان المحفوظ « النزع في القوس » أي : مدّ القوس ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ١٦٤/أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (فيحتمل خلافًا في جواز مناضلة مثله ؛ إذْ لا خَطَر فيه) هذا تعليلٌ منه لعدم الجواز ، وهو ضِدُّ ما عَلَّلَ به شيخُه ، وما علَّله هو به في « البسيط » فإنهما علّلاه بأنه خَطَرٌ لا فائدةَ له فيه . ولكل واحد منهما وَجْهٌ ، أما وجه تعليله هاهنا ، فإنه يَنْدر ظَفَرُه ولا يكون على خطر ، أي لا يتوقَّع حصولُه ، فيلتحق بما إذا عُلِمَ عَجْزُه ، وقد سبق مثل هذا في الشرط الرابع . وأما وجه التعليل الآخر ، فهو أنه - مع جهله بالمناضلة - مُتَعَرِّضٌ لإفسادِ شيء وجَلْبِ ضررٍ من غير فائدة ، ولا تُوجَد فيه المصلحةُ المصححة لهذا العقد ، والله أعلم . ثم بنى على هذا ما إذا جهل جهله هذا عند العقد ، ثم بان بعده ، وذكر ما معناه أنه إن لم نُجَوِّزْه مع العلم ، فها هنا يسقط ويَسْقط مقابلُه ، وإن جوَّزْناه احْتُمِل أن يجعل كالأخرق ولا يَسْقط ، وقولُه : (احْتُمِلَ) غيْرُ مَرْضِيٍّ بل هو - جَزْمًا - كالأخرق إذا جَوَّزْناه ؛ لتساويهما في ذلك والحالةُ هذه . ولا ذِكرَ لهذا الاحتمال في « البسيط » و « النهاية » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٤/أ) .

(٤) في الأصل : « لكن » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

(٦) قوله : (فلا يجوز) ساقط من (أ) ، (ب) .

(٧) قال ابن الصلاح : « قولُه : (إذا تراضوا بتقدُّمِ واحدٍ ، فلا يجوز ، فكأنهم رَضُوا بأن يفوزَ من غير رَمْيٍ محسوبٍ أو حطوا العشرة في حقه إلى التسعة) شَرْحُه : أنه إذا رَضِيَ جميعُهم - بعد تعاقدهم - على أنَّ =

أما إذا تطابقوا (١ بردِّ الجملة ١) من العشرة إلى التسعة ، أو بالتقدم (٢) بأجمعهم أو التأخر : فهذا تغيير لصفةِ العقد ، وسنذكره [إن شاء الله تعالى] (٣) .

أما إذا تأخَّرَ واحدٌ بالرمْي فوجهان :

أحدهما : الجواز ؛ لأنه مُضِرٌّ بنفسه .

والثاني : لا ؛ لأنه قد يستفيد به أمنًا من مروق السهم . [ومروق السهم قد يمنع الاحتساب على رأي سنبينه] (٤) وتردادُ الفارسِ ببعد الميدان زيادة حدّةٍ في الدّابة .

* * *

= يرمي كلُّ واحدٍ منهم عشرةً مثلًا بأنْ يتقدم واحدٌ منهم على موقعهم تقدُّمًا مُفْرِطًا لم يَجُزْ ذلك ؛ لأنه تغييرٌ لوضعِ العقد ومقتضاه ؛ لأنه - مع هذا التبائنِ في الموقف - غَيْرُ مناضلٍ لهم ، فإذا أخذ ، فقد أخذ بغير رَمْيٍ مُعْتَدٍّ به ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٤/ ب) .

(١) في (أ) ، (ب) : « على رد الجملة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أو التقدم » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١٠/٣٧٤) .

الفصل الثاني
فيما يُسْتَحَقُّ به السَّبَق [١]

والسَّبَق - بنصْب الباءِ [٢] - عبارةٌ عن المال المشروط للسابق ، وإنما يُستحقّ بوجود الشرط ، وفي الشرط صورٌ :

الأولى : أن يشترط الإصابة ، فلا يُحْسب ما يصيب بعُرْض السهم أو بِفُوقه ، ويُحْسب ما يُصيب ويرتدّ ولا يخرق . وإن أصاب جدارًا أو شجرًا ثم مرق [٣] إلى الهدف ، فعادةُ الرماة أن لا يُحْسب ، وللفقهاء [فيه] [٤] تردد . ولو أصاب الأرضَ ، ثم ارتفع إلى الهدف ، فأولى بأنْ يُحْسَب . وإن خرق طرف الهدفِ : فإن حصل فيه جميعُ جرمِ النَّصْل حُسب ، وإن حصل فيه بَعْضُ جرمِه ففيه خلافٌ ، وأولى [٥] بأنْ يُحْسَب .

الثانية : إذا شرط الخواسق - وهي الخوارق ، أي التي تخرق الهدف - فإن خرق طرفَ الهدف فهو كما ذكرناه في الإصابة ، وإن وقع في ثقبة قديمة وثبت فوجهان [٦] ؛ لأنه يخرق ولكن كان [٧] بحيث لو لم تكن الثقبة ، تخرق [٨] ، والأصح : أنه يحسب . وإن [٩] خرق ولم يثبت ولكنْ مرق : حُسب ؛ لأنه خَرَقَ وزاد . وذكر صاحبُ « التقريب » قولين في أن الثبوت هل يشترط في الخواسق ؟ وهو بعيد .

الثالثة : إذا شرط عشر قرعات عن مائة رشق مبادرةً - ومعنى القرعة الإصابة - فرمى أحدهما خمسين ، وقد تَمَّتْ له العشرةُ : استحق السَّبَق ، و[لكن] [١٠] هل عليه إتمامُ العملِ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لتمامِ الاستحقاق .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « السهم » .

(٢) يعني بفتح الباء

(٣) في (أ) ، (ب) : « أو مرق » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « والأولى » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فيه وجهان » .

(٧) كلمة : (كان) ليست في (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) : « لخرق » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « ولو » .

(١٠) زيادة من (أ) ، (ب) .

والثاني : نعم ؛ لأنّ العمل مقصودٌ للتعلم .

ومع هذا ، فلا شك [(١)] أن خارجيًّا لو شرط له على إصابته [(٢] التي بها يستحق [٢)] شيئًا آخر استحق ذلك أيضًا ؛ لأن العمل الواحد يفي في التعلم [(٣)] بالغرضين . ولو شرط في المحاطة عَشْرَ قرعاتٍ خالصة ، فحصلت من خمسين وقلنا [(٤)] : لا يشترط إتمام العمل في المبادرة ، فهاهنا وجهان ؛ لأنه يتوقع الحطّ في الثقبة ، والذي لا يوجب يقول : إنما المحاطة قبل تمام العشرة خالصًا لواحد ، وأما [(٥)] الحط من عشرة خالصة [(٦)] فلا وجه له . والقائلُ الآخر [(٧)] يجوّز الحطّ من الخالص . أما إذا تمت عشرتُه في آخر الخمسين ، [(٨] والآخر – بَعْدُ – ما رمى إلا تسعة [٨)] وأربعين فلا يستحق الأول ؛ فإنه ربما يصيب صاحبه ، فيحطه إلى تسعة ، وكذلك في المبادرة ، لو تَمَّ له عشرة [(٩)] بالخمسين ، وتَمَّ للآخر تسعةٌ [(١٠)] في تسعة وأربعين ، فلا يستحق السابقُ حتى يساويه الآخرُ في الرشق ، فإن أصاب في آخر الخمسين فقد تساويا ، وإن أخطأ استحقَّ الأولُ .

الرابعة : لو قال لرامٍ : ارْمِ عشرةً ، فإنْ [(١١)] كانت إصابتك أكثر ، فلك دينار ، فإن / أصابَ ٢٧٩/ب ستةً على التوالي استحقَّ ، وفي لزوم إتمام العمل الخلافُ . أما إذا قال : [(١٢] ارم خمسا عنك وخمسًا عنّي [١٢)] ، فإن أصبتَ فيما عنك فلك كذا : فهذا فاسد [(١٣)] ؛ لأنه يناضل نفسه ، فيقصر في حق صاحبه .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « لا شك » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « التي يستحق بها » .

(٣) في (أ) : « التعليم » .

(٤) في الأصل : « قلنا » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في الأصل : « أما » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « خالصًا » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « والقائل الثاني » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « والآخر ما رمى بَعْدُ إلا تسعًا » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « عشر » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « تسع » .

(١١) في (أ) ، (ب) : « فإذا » .

(١٢) في (أ) ، (ب) : « ارم خمسة عني ، وخمسة عنك » .

(١٣) في (أ) ، (ب) : « فهو فاسد » .

الخامسة : إذا تشارطوا أن القريبَ محسوبٌ ، (١ وقدَّرُوه بالذراع ، جاز ؛ وكأنه وسع الهدف ١) ، وإن أطلق – ولهم عادة مطردة – يُنَزَّل عليها (٢) ، وإلا فَسَد ؛ للجهالة ، وقيل : إنه يُنَزَّل على احتساب الأقرب ، فإذا كان سهم أحدِهما أقربَ : فاز ، وإن كان بعضُها أقرب ، وبعضُها أبْعَد ، وجميعُها أقربُ من سهام صاحبه : سقط (٣) سهام صاحبه ، وهل يُسْقط أقربُه أبْعَدَه ؟ فيه تردد ، والصحيح : أنه لا يُسقط .

أما إذا تشارطوا (٤) صريحًا إسقاط القريب الأقرب أو إسقاط الإصابة للقريب ، فهو متبع ، وإن تشارطوا إخراج وسط القرطاس وماحواليه ، ذكر العراقيون قولين في صحة ذلك من حيث (٥ إنّ وسط القرطاس يتعذّر ٥) قَصْدُه ، وقد يصيبه الأخرقُ وفاقًا .

فرع : في النكبات الطارئة . فإذا مرق السهمُ منه فوق الهدف ووقع على بُعْدٍ مُفْرِطٍ لسوء رَمْيِه ، فهو محسوبٌ عليه ، ولو كان (٦ لانكسار قوس أو سهم ٦) أو انقطاع وتر – ووقع على بُعْدٍ مُفْرِطٍ – فلا يُحْسب عليه مِنْ رشقه ، بل يرد إليه السهم لِيُعِيدَ رَمْيَه . وإن وقع على قُرْبٍ حُسِبَ عليه على أحد الوجهين ؛ لأن النكبة لم يظهر أَثَرُها في الإبعاد ، وعلى وجه آخر : لا يُحْسَب عليه ، ولو أصاب مع ذلك يُحْسب (٧) له على [الوجه] (٨) الأوّل ، وإن فرعنا على الثاني فوجهان ؛ لأنه يظهر حمله على وفاقٍ ؛ فلا يَظْهر به الحِذْق . ولو عرضَ بهيمةٌ فأصابها ومرق (٩) إلى الهدف ، فالأصحُ : أنه يُحْسب ويدلُّ على استقامة رَميه وقوتِهِ . وفيه وجه : أنه يُحْمل على وفاق ، فلا يُحْسَب له ولا عليه . وإن كان العارض هو الريح : فإن اقترن بالابتداء لم يُعْذَر ؛ إذْ هو

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وقدره بأذرع ، جاز ، وكأنهم وسعوا الهدف » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « نُزّل عليها » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « سقطت » .

(٤) في (أ) : « شارطوا » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « إن وسط القراطيس متعذر » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « لانكسار سهم أو قوس » .

(٧) في (أ) : « فيحسب » .

(٨) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « ثم مرق » .

المقصّر، حيث ابتدأ مع الريح [1]، [2] وللحذاق نِيقَةٌ في الرمي [2] عند الريح بإمالةِ النَّظَر، وكذا إذا انكسر القوسُ لسوء فعلهِ فلا أثر، فَليتعلم. وإن عصفت ريحٌ عظيمةٌ في وسط الرمي، فهل يُعْذَر؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يُعْذر؛ لأنّ السَّهْمَ أَحَدُّ من الريح، فلا يؤثر فيه.

والثاني: أنه يُعْذر؛ [3] لأنه قد تؤثر [3].

وأما الريح اللينة فلا تؤثر. أما إذا انكسر السهم بنصفين [4] وأصاب بالمقطع من النصف الذي فيه الفُوقُ: حُسب. وإن أصاب [5] بالنصل لم يُحْسَب؛ لأن قوة الرَّمي تبقى في ذلك النصف، لا في النصل. ومنهم مَنْ عكس وقال: النظر إلى النصل. [6] فأما إذا أصاب [6] بالفُوقِ أو العُرْض، فلا يحسب.

* * *

(١) في (أ)، (ب): «في الريح».

(٢) في (أ)، (ب): «والحذاق يتلافون الرمي». وقوله في الأصل: (نِيقَة) هو بكسر النون، أي: مبالغة في الإحكام والاختيار. انظر مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٦/ب).

(٣) في (أ)، (ب): «لأنها تؤثر فيه».

(٤) في (ب): «نصفين».

(٥) في (ب): «أصابه».

(٦) في (أ)، (ب): «فإن أصاب».

الفصل الثالث
في جواز هذه المعاملة

وفيها قولان [١] كما في المسابقة . فإن قلنا باللزوم ، لم يجب تسليمُ السَّبَق إلى تمام العمل ، وفيه وجه يجري في المسابقة : أنه يجب كتسليم الأجرة ؛ (٢ لأن الانهدام في الدار ٢) أيضًا متوقَّع إلا أن انهدام الدار بعيدٌ ، وأما الفوزُ فتقديره ليس بأغلب من نقيضه . ويفارق الإجارة أيضًا في أنه لو مات العاقدُ انفسخ ؛ لأنّ العقد مُتَعَلِّق بعينه . ولو مات [٣] الفرسُ انفسخت المسابقةُ . ولو مات المسابق – والفرسُ قائمٌ – انقدح أنْ يُقال : على الوارث إتمامُه ؛ لأن الأصل الفرس ، وفيه بُعْدٌ أيضًا ؛ لأنّ للفارس فيه دَخْلًا ظاهرًا . وإن قلنا بالجواز تفرّع أربعةُ أمور :

أحدها : جوازُ إلحاقِ الزيادة بالإرشاق والقرعات بالتراضي ، فلو استبدّ [٤] أحدُهما دون صاحبه ، فثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه لاغٍ .

والثاني : أنه معتبر [٥] .

والثالث : أنه يعتبر من الغالب دون المنضول ؛ لأنّ المنضول إذا استشعر الضعف فلا يزال يُدافع بالزيادة . ثم نعني بالغالب – الذي ظَهَرَ استيلاؤه وقارب الظفر ، فلا يكفي التقدمُ بقرعة وقرعتين [٦] ، فإنّ ذلك سريع التغيّر . وإذا قلنا : إنه يعتبر لم يلزم في حق صاحبه بل إنْ تثاقلتْ عليه فَليفسخ العقْدَ كما لو زاد الجاعلُ عملًا على المجعول ، يجري فيه هذا الخلافُ . فإن اعتبر فللمجعول فَسْخُ العقدِ وطَلَبُ أجرةِ المثل ، بخلاف ما لو فسخ تَشَهِّيًا بعد الشروع في العمل بغير عُذْرٍ ، فإنه لايستحقّ شيئًا .

الثاني : الفسخ . وذلك جائزٌ لكل واحد عند التساوي ، وجائزٌ من الناضل ، وهل ينفذ من

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وفيه قولان » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لأن انهدم الدار » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ماتت » .

(٤) في (أ) : « استقلّ » .

(٥) في (أ) : « أنه يُعتبر » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « بقرعة أو قرعتين » .

المنضول ؟ ينبني على أن زيادته هل تلتحق ؟ فإن قلنا : لا تلتحق ، فكأنه صار لازمًا في حقّ المنضول . ويجري مِثْلُ هذا الخلاف إذا فسخ الجاعلُ – وقد فرغ المجعول عن بعض العمل ، وكان ما يخصّ / عَمَلَه من المسَمّى يَزيد على أجر المثل – أنه هل ينفذ ؟ . ٢٨٠/أ

الثالث : النقصان من الإرشاق والقرعات كالزيادة ، وليس كالإبراء عن الثمن (١) . أمّا الإبراء عن السبق فيُخَرّج (٢) على الإبراء قبل الوجوب وبعد جريان السبب .

الرابع : الإبطاء ، وذلك جائزٌ على قول الجواز ، بل له الإعراض ، وعلى قول اللزوم يجب الجرْيُ على العادة .

فرع : لو قال المنضول للناضل : حُطَّ فَضْلَكَ ، ولك عليّ كذا ، لم يَجُزْ على القولين جميعًا ؛ (٣ لأنه مقابلةٌ بحط الفضل بمال ٣) ، ولا أصل لمثل هذه المعاوضة ، (٤ سواء كان العقد جائزًا أو لازمًا ، والله تعالى أعلم ٤) .

* * *

---

(١) في (أ) : « من الثمن » .

(٢) في (أ) : « فيجري » .

(٣) في (أ) : « لأنه مقابلة لحط الفضل بالمال » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « كان العقد جائزًا أو لازمًا » .

كِتَابُ الأَيْمانِ

والنظر في

اليمين ، والكفارة ، والحنث.

فنعقد في كل واحدٍ بابًا .

الباب الأول
في اليمين
(وفيه فصلان)
الفصل الأول [١]
في الصريح والكناية

واليمينُ عبارةٌ عن تحقيق ما يحتمل المخالفة بذكرِ اسمِ الله تعالى أو بصفة من صفاته ، ماضيًا كان أو مستقبلًا ، لا في مَعْرِض [٢] اللغو والمناشدة [٣] .

وأشرنا (بالماضى) إلى يمين الغموس [٤] ، فإنها تُوجب الكفارةَ عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [٥] .

---

(١) كلمة : « الفصل » زيادة من (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) ، (ب) : « معنى » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قال (رحمه الله وإيانا) : (اليمين هي عبارة عن تحقيق ما يحتمل المخالفةَ والموافقةَ ، بذكر اسم الله تعالى ، أو صفةٍ من صفاته ، ماضيًا كان أو مستقبلًا ، لا في مَعْرِض اللَّغْو والمُنَاشدة)

وهذا الحدُّ معرض باليمين بالطلاق والعتاق ، وكذلك اليمين بغير الله تعالى - وإن كان مَنْهيًّا عنها - فهي يمينٌ .

فأقول : لم يُحدِّد مطلق اليمين ، وإنما حدَّد اليمين الموجِبة للكفارة . فإن قلت : ولا يُعْذَر في تركه ذِكْرَ هذا القيد في كلامه . قلت : بل يُعذر ؛ لأنهم سَمُّوا هذا الكتاب « كتاب الأَيْمان » ، فأطلقوا ، ومرادُهم الأيمانُ الموجِبة للكفارة ، والله أعلم .

وقولُه : (لا في مَعْرِض اللغو) ليس متعلقًا بأول الكلام ، بل بقوله « بذكرِ اسم الله تعالى » أي بذكر اسم الله تعالى في معرض التحقيق ، لا في معرض اللغو والمناشدة ، والله أعلم » مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٧/أ) .

(٤) قال ابن الصلاح : « اليمين الغموس هو أن يحلف على ماضٍ كاذبًا ، سُمّيت غموسًا ؛ لأنها تَغْمِس صاحبَها في الإثم أو في النار ، والله أعلم » مشكل الوسيط (جـ٢ق ١٦٧/أ) .

(٥) **مذهب الشافعية** : أن من حلف عامدًا للكذب ، فقال : والله ، لقد كان كذا وكذا ، ولم يكن قد حدث . أو : والله ، ما كان كذا - وقد كان - أثم وأساء ، وعليه كفارة يمين . انظر : الأم (٦١/٧) . روضة الطالبين (٣/١١) . المنهاج ص (١٤٤) حلية العلماء (٢٤٤/٧ وما بعدها) .

ومذهب الحنفية : أن يمين الغموس ، لا كفارة فيها ، وهذا مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . انظر : المبسوط (١٢٧/٨) . الهداية (٢/ ٣٥٥) . الدر المختار (٧٠٦/٣) . ملتقى الأبحر (٣١٢/١) . الكافي ص (١٩٣) . الشرح الكبير (١٢٨/٢) . مواهب الجليل (٢٦٦/٣) . أسهل المدارك (١٩/٢) المقنع ص (٣١٥) . المبدع (٢٦٥/٩) . الإنصاف للمرداوي (١٦/١١) . المغني لابن قدامة (٦٨٦) .

وأشرنا (باللغو) إلى قول [1] العرب : لا والله ، وبلى والله ، في معرض المحاورة من غير قصدٍ إلى التحقيق [2] ، فلذلك لا يوجب الكفارة [3] ، وهو لَغْوٌ إلا في الطلاق والعتاق ؛ فإن العادة ما جَرَتْ باللغْوِ فيه [4] ، وإنما يَخْرج عن كونه لغوًا بالقرينة الدّالة على قصد التحقيق .

وأما المناشدةُ ، فهو أن يقول : أُقسم بالله عليك لَتفعلنَّ ، فإنه لا ينعقد ، (٥ لا عليه ولا على المخاطَب ٥) إلا أنْ يقصد العقْدَ على نفسه ، فيصير حالفًا ، فيحنث بمخالفة المخاطَب .

وأما قولُنا : (بالله أو بصفاته) احترزنا به عن قوله : وحقِّ الكعبة ، والنبيِّ ، وقبرِه ، وشَعْرِه ، وجبريلَ والملائكةِ [6] ، فاليمينُ به - وبكلِّ مخلوقٍ - لا يُوجب الكفارةَ [7] ؛ قال النبي ﷺ [8] : « مَنْ حَلَفَ فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ وإلَّا فَلْيَصْمُتْ [9] » [10] .

---

(١) في (ب) : « كلام » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (لا والله ، بلى والله) : ليس مَقُولًا على الاجتماع ، بل إحداهما تارةً ، والأخرى تارةً أخرى . وما فَسّر به لَغْوَ اليمينِ اتّبع فيه شيخَه ، وهو يُشْبه الهزلَ المذكورَ في الطلاق ، في أنه يَقْصد اللفظَ ولا يَقْصد الحكم . والمعروفُ في تفسير « لغو اليمين » على مذهبنا : أنه الذي سبق إليه اللسانُ من غير قصدٍ إلى اللفظ أصلًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٧/أ) .

(٣) في (أ) : « فذلك لا يوجب كفارة » .
(٤) في (أ) ، (ب) : « فيهما » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لا على المخاطب ولا عليه » .
(٦) في (ب) : « وميكائيل » .

(٧) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من الحلف بشَعْرِ رسول الله ﷺ مما اعتاده عوام العجم يحلفون بذؤابته ﷺ ، ولم يكن له ﷺ ذؤابةٌ ، والله أعلم .

وثبت في الصحيحين من رواية ابن عمر عن رسول الله ﷺ أنه سمع عمر يحلف بأبيه ، فقال ﷺ : « إنَّ الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم ، فمن كان حالفًا ، فلْيحلفْ بالله أو لِيصَمُتْ » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٧/أ) .

(٨) كلمة : « النبي » ليست في (أ) ، (ب) .
(٩) في (أ) ، (ب) : « أو ليصمت » .

(١٠) الحديث رواه البخاري (٥٣٨/١١) (٨٣) كتاب « الأيمان والنذور » (٤) باب « لا تحلفوا بآبائكم » حديث (٦٦٤٦) بإسناده عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ أدرك عُمَرَ بن الخطاب ، وهو يسير في رَكْبٍ ، يحلف بأبيه ، فقال : « ألا إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم ؛ من كان حالفا فليحلِفْ بالله أو لِيَصْمُتْ » .

ورواه مسلم (١٢٦٧/٣) (٢٧) كتاب « الأيمان » (١) باب « النهي عن الحلف بغير الله » حديث (١٦٤٦) . ورواه أبو داود (٥٦٩/٣) حديث (٣٢٤٩) . والترمذي (٩٣/٤) حديث (١٥٣٤) . وابن ماجه (٦٧٧/١) حديث (٢٠٩٣) جميعا من طرق عن عبد الله بن عمر مرفوعًا .

وكذلك (١) لو قال : إنْ فعلتُ كذا فأنا يهودي ، أو نصراني ، أو بريءٌ من الله : لم تلزمْه الكفارةُ ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) (٢) .

وإنما يُستثنى عن هذا الأصلِ (٣ يمينُ اللَّجاج والغضبِ ٣) على قول .

ثم اليمين ينقسم إلى [قسمين] (٤) صريح وكناية ، بالإضافة إلى أسماء الله تعالى ، وهي على أربع مراتب :

المرتبة الأولى (٥) : أن يذكر اسمًا لا يُطْلَق إلّا على الله تعالى في مَعْرِض التعظيم ، كقوله : بالله ، وبالرحمن [والرحيم] (٦) ، وبالخالقِ ، والرازق ، فهذا صريحٌ وإنْ لم يَنْوِ . فإن (٧) قال : أردت « بالله » – أي (٨) وثقتُ بالله – ثم ابتدأت « لأفعلنّ » (٩) ، فهذا لا يُقْبل ظاهرًا في الإيلاء ،

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وكذا » .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن من قال : إن فعلتُ كذا ، فهو يهودي ، أو نصراني ، أو بريء من الله تعالى ، أو من رسول الله ﷺ أو من الإسلام : لم يكن يمينًا ، ولا كفارة في الحنث به . وهو مذهب المالكية أيضًا . انظر : روضة الطالبين (١١/٧) . الغاية القصوى (٩٩٣/٢) . حلية العلماء (٢٤٦/٧) . رحمة الأمة ص (٢٣٨) . الكافي ص (١٩٤) . مواهب الجليل (٣/ ٢٦٦) . حاشية الدسوقي (١٢٨/٢) . أسهل المدارك (٢١/٢) .

(تنبيه) : قال في الروضة : « ثم إنْ قَصَدَ بذلك تَبْعِيدَ نفسه عنه (يعني عن المحلوف عليه) لم يكفر ، وإن قصد به الرضا بذلك – وما في معناه – إذا فعله ، فهو كافرٌ في الحال » .

ومذهب الحنفية : أن من قال ذلك ، فحنث في يمينه ، فعليه الكفارة . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . وعن أحمد رواية أنه لا كفارة عليه . انظر : مختصر الطحاوي ص (٣٠٥) . الهداية (٣٥٧/٢) . ملتقى الأبحر (٣١٧/١) . رد المحتار (٧٠٥/٣) . المبدع (٢٧٣/٩) . الإنصاف للمرداوي (٣١/١١) . المغني لابن قدامة (٦٩٨/٨) دليل الطالب (٢٧٠) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « يمين الغضب واللجاج » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في الأصل : « الأولى » والزيادة من (أ) (ب) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « فلو » .

(٨) قوله : « بالله ، أي » ليست في (أ) ، (ب) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « لأفعلنّ كذا » .

وغيره ، وهل يُدَيَّن باطنًا ؟ ، فيه وجهان (١) .

المرتبة الثانية : أن يَذكر اسمًا مُشْتركًا يُطْلق على الله وعلى غيره ، كالعليمِ والحكيمِ (٢) والرحيم ، والجبار ، والحقّ ، وأمثاله (٣) فهو كناية وإنما يَصير يمينًا بالقصد والنية ، وكذلك قوله : وحقِّ الله ؛ إذْ قد يُراد به حقوقُه من العبادات ، وقد يُرَاد استحقاقُه للإلهية .

المرتبة الثالثة : أن يحلف بالصفات ، كقوله : بقدرة الله (٤) ، وعلمه ، وكلامه ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه كقوله بالله ، فلا يُقْبل فيه التورية .

والثاني : أنه كناية (٥) .

---

(١) قال ابن الصلاح : « ذكر فيما إذا حلف بالله ، وزعم أنه ورّى (هل يُدَيَّن باطنًا ؟ وجهان) وَجْهُ أنه لا يُدَيّن - مع القطع بأنه يُدَيَّن إذا قال : أنت طالق ، وقال : أردتُ طلاقًا من وَثَاقٍ - أن الكفارة تتعلَّق بإظهار اللفظ العظيم ومُخالفته ، وهذا لا يَزول بالتورية والإضمارِ بخلاف لفظ الطلاق . وقد ذكر الأصوليون - أو مَنْ ذكر ذلك منهم - أن من تَلفَّظ بكلمة صريحة في الكفر ، وزعم أنه ورَّى ونوى بها ما ليس بكفرٍ ، فإنه يَكْفر ظاهرًا وباطنًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ١٦٧/ب).

(٢) في (ب) : « والحليم » .

(٣) قال ابن الصلاح : قوله : (أن يذكر اسمًا مشتركًا يُطْلق على الله تعالى ، وعلى غيره كالعليم والحكيم) مَن اعترض على هذا وقال : ليس هذا من المشترك ، بل هذا من المتواطئ ؛ لأن المتواطئ عبارةٌ عن اللفظ الذي يتناول أشياء متعددة باعتبار كونِه موضوعًا لحقيقةٍ واحدة شاملةٍ لها ، كاسم « اللون » للبياض والسواد وغيرهما . والمشتركُ عبارةٌ عن اللفظ الذي يتناول أشياء متعددةً باعتبار كونه موضوعًا لحقائقها المختلفة ، كاسم « العين » للعين الفوَّارة ، والعين الناظرة وغيرهما ، والعليم والحكيم من القبيل الأول .

قلنا له : الفرقُ بينهما في ذلك - وإن اشتهر - فهو من اصطلاح المنطقيين ، أو من تلقَّى ذلك منهم ، وأما الفقهاءُ والأصوليون فإنهم يُطْلقون اسمَ « المشترك » على الجميع ، فاعْلَمْ ذلك ، والله أعلم » . المشكل (جـ ٢ ق ١٦٧/ب) .

(٤) في (ب) : « وقدرة الله » .

(٥) قال ابن الصلاح : « الوجهُ الذي ذكر في أنَّ الحلفَ بكلام الله تبارك وتعالى كنايةٌ ؛ فلا يكون يمينًا إلا بالنية وجهُهُ - أنه قد يُسْتعمل في غير صفة الله تعالى ، قال الله تبارك وتعالى : ﴿ يُرِيدون أنْ يُبَدِّلوا كَلامَ اللّهِ ﴾ ، أي الأمر الذي ورد فيه كلامُ الله تعالى من الفتح والنَّصْر أو غيره . وهذا الوجه - وإن كان مذكورًا في « النهاية » - فهو شاذٌ ، والمعروفُ في كتب المذهب أنّ الحلف بكلام الله تعالى يمينٌ قطعًا لا خلاف فيه ، ولا جريان لهذا الوجه في الحلف بالقرآن ، بل هو مقطوع بكونه يمينًا صريحةً ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ١٦٧/ب وما بعدها) .

والثالث : أنه يُدَيَّن باطنًا . وفي قبوله ظاهرًا وجهان ؛ إذْ قد يُرَاد بالقدرة المقدورُ ، وبالعلم المعلومُ ، فيقول : رأيت قدرة الله ، أي : آثارَ صُنْعِه [١] .

ولو قال : وجلالِ الله ، وعظمتِه ، وكبريائه ، ففيه طريقان :

أحدهما : أنه كالحلف بالله .

والثاني : أنه كالحلف بالقدرة ، إذْ قد يقول : رأيت جلالَ الله ، ويريد آثارَ صُنْعِه .

وقوله : وحرمةِ الله ، قيل : إنه كقوله : وحقِّ الله ، وقيل : إنه كالصفات .

وقولُه : لَعمر الله ، قيل : إنه حلفٌ ببقاء الله ، فهو كالصفات ، وقيل : إنه كناية [٢] .

---

(١) قال الحموي : « قوله في كتاب الأيمان : (الثالث : أن يحلف بالصفات كقوله : بقدرة اللّه وعلمه وكلامه ، فيه ثلاثة أوجه : أحدها أنه كقوله : « باللّه » فلا يُقْبَل فيه التورية . والثاني : [أنه كناية . والثالث] : يُدَيَّن باطنًا ، وفي قبوله ظاهرًا وجهان ؛ إذ يراد بالقدرة المقدورُ ، وبالعلم المعلوم ، فيقول : رأيت قدرة اللّه ، أي آثار صنعته) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه ذكر ثلاثة أوجه ولم يَأْتِ إلا بوجهين كما لا يخفى . الثاني : أن الشيخ ذكر في كلامه ثلاثة أوجه ، والمنقول في كتب المذهب الحَلِفُ بكلام اللّه يمينٌ بلا خلاف ، وذلك يخالف ما ذكره كما لا يخفى ؛ لكونه جعل فيه خلافًا .

قلت : أمكن أن يجاب عن الإشكال الأول فيقال : أمكن استخراج الوجه الثالث من قوله : « الثاني : يدين باطنًا » وفي قوله : « يدين ظاهرًا » وجهان ، فيكون التديُّنُ في الباطن متفقًا عليه ، وفي الظاهر لا يقبل . وأما قوله : (وفي قبوله ظاهرًا وجهان) هو الوجه الثالث ، وأحد الوجهين : أنه لا يقبل في الظاهر ، وقد ذكرناه . والثالث : أنه يقبل في الظاهر والباطن . وإذا كان كذلك اندفع الإشكال بكل حال .

وأما الجواب عن الإشكال الثاني فظاهر ، من حيث إن الأصحاب ذكروا في القدرة والعلم خلافًا ، وما ذكروه إلا لكونه يُطْلَق على العلم المعلومُ والقدرةِ المقدورُ على قول من قال : إنه ليس بصريح ، وإذا كان كذلك كان في كلام اللّه مثلُ ذلك ، فإن كلام اللّه تعالى يطلق على التلاوة ، وإذا كان كذلك فلا فرق بين العلم والقدرة والكلام كما ذكرناه . وأما كون الأصحاب لم يذكروا فيه خلافًا ، لظهور اتجاه الخلاف فيه ، وكأنهم بنوا ذلك على المنهج الصحيح ، فإنه قيدٌ صريحٌ ولم يتعرضوا للوجه الآخر لضعفه من حيث إن دليلَه ضعيف ، واللّه أعلم » . إشكالات الوسيط (ق ١٨٦ / ب ، ١٨٧ / أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : من قال : « لَعَمْرُ اللهِ » كنايةٌ . وجْهُهُ : أنه ليس من الشائع في العرف ، استعمالُه في صفة البقاء ؛ لأنه ليس فيه شيء من أدوات القسم . وتقرر في علم العربية أن تقدير لعمرو الله ، ما أُقسم به ، أو قَسمي ، أو نحو هذا ، وليس هذا الوجه بشيء ؛ فإن استعماله في القسم شائعٌ في لسان العرب ، حُذِفَ الخبرمنه تخفيفًا ؛ لكثرةِ الاستعمال ، كما حُذِف في قولهم : « بالله » الفعلُ ، وهو : أحْلِف ، أو أُقسم ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق١٦٨/أ) .

المرتبة الرابعة : مالا يَصير يمينًا وإنْ نَوَى ، وهو مالا تعظيم فيه ، كقوله : والشيءِ الموجودِ والمرئي ، وأراد به الله تعالى فليس بيمينٍ وإن نَوَى ، إذْ [لم يذكر اسمًا معظمًا] (١) وذِكْرُ اسم مُعَظَّمٍ لا بدَّ منه . ولو قال : بِلَّه – وقصد التلبيس – فليس بحالفٍ ، وكذلك إن لم يقصد ؛ فإنَّ البِلَّة من الرطوبة إلا إذا نوى اليمينَ ، فيُحْمل حذفُ الألف على لحَنٍ قد تجري به العادةُ عند الوقف (٢) .

هذا في انقسامِ اليمين بذكرِ اسم الله تعالى . وينقسم أيضًا بذكرِ الصلات ، وهي على درجات ، فإنها تنقسم إلى حروف وكلمات :

أما الكلمات ، فقوله : أقسمت بالله ، أو أقسم [بالله] (٣) ، أو حلفتُ بالله (٤) ، أو أحلف ، فهذا يحتمل الإخبارَ والوعدَ (٥) ، فإن نوى اليمينَ فهو يمينٌ ، وإن قصد الوعد والإخبارَ فلا ، وإن أطلق فوجهان :

أحدهما : أنه ليس بيمينٍ ؛ لترددِ اللفظ .

والثاني : أنه يمينٌ ؛ للعادة (٦) / . ٢٨٠/ب

الدرجة الثانية : ما هو كناية قطعًا ، كقوله : وعهد الله ، وعليّ عهد الله ، أو نذرت بالله . أما قوله : أَزْخُدَاي تعالى بِدِيرَفْتَمْ ، قيل : إنه كناية ، وقيل : هو كقوله : حلفتُ بالله (٧) .

---

(١) زيادة ضرورية من (أ) ، (ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : قوله : « إذا قال : بِلَّه ، ناويًا به اليمينَ : (يُحمل حَذْفُ الألف على لحنٍ قد تَجْري به العادةُ عند الوقف) ليس ذلك على ماذكره ، بل ذلك لغةٌ لبعض العرب ، وممن حكاها أبو القاسم الزَّجَّاجي في كتابه « الجُمَل » . ويفعلون ذلك مع « الواو » وغيرها فيقولون في الوقف : « وَلَّه » . وهذه اللغة شائعةٌ في ألسنة العامة ؛ فينبغي أن يُجْعل ذلك يمينًا عند الإطلاق ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٨/أ) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) . (٤) في (ب) : « أو أحلف بالله » .

(٥) أي : الإخبار عن حلفه على ماضٍ حدث ، وكان قد حلف فيه بالله ، أو الوعد بالحلف في المستقبل .

(٦) والمذهب عند جمهور الشافعية أنه يمين . انظر الروضة (١٢/١٤) .

(٧) قال ابن الصلاح : « ذَكَرَ ما معناه أنه إذا قال : نذرت لله لأَفعلنَّ كذا ، فهو كقوله : عليّ عهد الله ، فهو كنايةٌ بلا خلاف ، وإذا قال بالفارسية : « أَزْخُدَاي بِدِيرَفْتَمْ » . ففيه طريقان :

أحدهما : أنه كنايةٌ قطعا .

=

الدرجة الثالثة – (1 وهو بين المرتبتين – قولُه 1) : أشهد بالله ، منهم من قال : (2 إنه كنايةٌ قطعًا 2) .وقال المراوزة : هو كقوله : أُقسم بالله . وقال صاحب « التقريب » : لو قال الملاعِنُ في لعانه : أشهد بالله – كاذبًا – ففي لزوم (3) الكفارة وجهان ، وهذا جارٍ وإن قصد اليمين ؛ لأن اللعان صرف [اليمين] (4) إلى اقتضاء الفراق ، فيحتمل خلافًا في الكفارة فيه كما في الإيلاء .

= والثاني : أنه كقوله : حلفت بالله ، إن نوى كان على ما نواه ، وإن أَطلق فوجهان :

أحدهما : أنه بمنزلة الكناية ، فلا تكون يمينًا من غير نية .

والثاني : أنه بمنزلة الصريح فيكون يمينًا وإن لم ينْوِ .

وهذه المسألة مذكورة في « النهاية » ومعظمِ الكتب ، وذكرها الفوراني في « الإبانة » وذكرها بعده صاحب « البحر » وشيخنا هنا ، لكن الفوراني سوّى بين قوله : نذرت لله تعالى ، والكلمةِ الفارسية ، وقَطَع بأن حكمها حكمُ (أقسمت بالله) ، وكذا ذكرَه هو في « البسيط » حاكيًا ذلك عن الفوراني ، وانفرد في « الوسيط » بأمرين :

(أحدهما) : فَرّقَ بين قوله : (نذرتُ بالله) والكلمةِ الفارسية : قَطَعَ في « نذرت » بكونه كناية ، وذكر في الكلمة الفارسية الخلافَ .

(والأمر الثاني) : كونُه ذكَرَ طريقين في الكلمة الفارسية :

أحدهما : القطع : بأنه كناية . وذكر صاحب « البحر » الطريقين في قوله : « نذرت » .

وما صار إليه من الفرقِ يُتوجَّه بأن الكلمة الفارسية لها شيوعٌ في ألسنة أهلها . وأما قوله : « نذرت » فلا شيوعَ له في القسم ، لا في ألسنتهم ، ولا في ألسنة العرب ، وكأنها ذُكِرتْ في هذا المعرض من أجل كونها ترجمة الفارسية بالعربية ، والله أعلم » . المشكل (ق ١٦٨/أ وما بعدها) .

وقال ابن الصلاح أيضًا : « ثم إن الكلمة الفارسية ، ضَبْطُها بهمزة مفتوحة ، « وزاي » منقوطة ساكنة ، ثم « خاء » معجمة مضمومة ، ثم « ذال » منقوطة ، ثم ألف وياء ساكنتين ثم باء موحدة غير صافية ، ثم دال مكسورة ، بعدها ياء مثناة من تحت ساكنة ، ثم راء مُهْمَلة مفتوحة ، ثم فاء ساكنة ، ثم تاء مثناة من فوق مفتوحة ثم ميم ساكنة . ومعناها : لله التزمت كذا وكذا ، أو : من الله التزمت ، أي بأمره وقضائه . وعلى حسب هذا اختلفت النسخُ في هذا الكتاب وفي غيره في ترجمته بـ« نذرت » ، ففي بعضها : « نذرت لله » ، وفي بعضها : « نذرت بالله » ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ١٦٨/ب وما بعدها) .

(١) في (ب) : « وهو بين الرتبتين ، كقوله » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « هو كناية فقط » .
(٣) في (ب) : « لزومه » .
(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

الدرجة الرابعة : أن يقول : وايم اللهِ [(١)] ، الظاهرُ أنه كقوله : أحلف بالله [(٢)] ، وقيل : إنه كقوله : بالله ؛ فإنه صريح فيما بين العرب ، وأصلُه : أَيْمُنُ الله ، والأيمن جمع اليمين .

أما الحروف [(٣)] ، فهي الباء ، والتاء ، والواو ، والفاء [(٤)] .

وقوله : والله ، وتالله كقوله : بالله . ونُقِل نصٌّ عن الشافعي (رضي الله عنه) أنّ « تاللهِ » ليس بيمين [(٥)] ، فقيل : هو كقوله : أقسم بالله . والصحيحُ أنه يمينٌ قطعًا ، والشافعي (رضي الله عنه) أراد ما إذا قال القاضي في القسامة : قُلْ : « بالله » فقال : « تالله » لم يكن يمينًا ؛ للمخالفة .

أما قولُه : « يا الله » فليس بيمين [(٦)] ، ولو قال : الله لأفعلنّ [(٧)] ، لم يكن يمينًا إلا أن ينوي . ولو قال : اللهِ لأفعلنَّ - بالخفض - كان يمينًا ولو لم يَنْوِ [(٨)] .

* * *

(١) قال ابن الصلاح : « قول : « وايم الله » يُقَال بكسر الميم ، ويُقَال بضمها ، ويقال بهمزة مفتوحة غير ساقطة في الوصل ، ويقال بإسقاطها في الوصل ، وهكذا في همزة « ايمن » ، وما ذكره من أنه جمعُ « يمين » ليس بالصحيح ، وإنما هو قول الكوفيين من النحويين ، والصحيحُ قول البصريين منهم أنه اسمٌ مفردٌ ، وألفُه ألفُ وصلٍ ، وكونُ ذلك كله قَسَمًا هو الصحيح ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٩/أ) .

(٢) يعني أنه كناية ، وإن قصد به اليمين ، فهو يمين . وإن أطلق فليس بيمين على الأصح .

(٣) في (ب) : « أما الحرف » .

(٤) قوله : « والواو ، والفاء » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٥) قال ابن الصلاح : « النص عن الشافعي (رضي الله عنه) أن « تالله » بالتاء المثناة من فوق ، ليس بيمين ، نُقِلَ عنه في باب « القسامة » ، وكذلك حملَه بعضُهم على ما إذا قال الحاكمُ له : قل « بالله - بالباء - أو نحوه ، فخالف وقال : « تالله » - بالتاء المثناة من فوق - فلا تكون يمينًا مُجْزِية ؛ للمخالفة إلى ما هو دونه ، وتعليلُ المصنفِ بالمخالفة مطلقًا يُحْتاج فيه إلى هذا القَيْد ، [يعني بالقيد قولَه : « ما هو دونه »] فإنه لو قال له : قل : « تالله » - بالتاء المثناة من فوق - فقال « بالله » - بالباء الموحدة - أَجْزأ ؛ لأنه أَبلغُ ، قَطَع به القفالُ والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٦٩/أ) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (أما قوله : « يا الله » فليس بيمين) هذا « يا » التي هي حرفُ النداء ، وعلى هذا حُمِلَ نصُّ الشافعي في كتاب « القسامة » وهو التأويل الصحيح ؛ لأنه دعاءٌ ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٦٩/أ) .

(٧) قال ابن الصلاح « قوله : ولو : قال « الله » لم يكن يمينًا إلا أن ينوي ، هذا فيما إذا قال : « الله » بالرفع ، أما إذا قاله بالنصب ، فهو مُرَتَّبٌ على ما إذا قاله بالخفض ، وفيه خلافٌ ، والأقوى من حيث العربية أنّ كلًّا منهما يمينٌ عند الإطلاق ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ١٦٩/أ ومابعدها) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « وإن لم يَنْوِ » .

الفصل الثاني

في يمين الغضب واللجاج [١]

فإذا قال : إن دخلتُ الدار فلله عليّ صوم ، أو حجٌّ ، أو صدقةٌ ، أو ذكَرَ عبادةً تُلْتزم بالنذر ، ففيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يلزمه الوفاء كما لو قال : إنْ شفى الله مريضي فللهِ عليّ صوم ، أو علّقه بدفع بَلِيّة أو حصولِ نعمة .

والثاني : أنه يلزمه كفارةُ يمينٍ ؛ لأن هذا يُقْصد للمنع ، بخلاف نذر التبرر فإنه يُذكر للتقرب [٢] .

والثالث : أن يتخيَّر بين الوفاء والكفارة ، لترددِ اللفظِ بين المعنيين .

التفريع : إن قلنا : يلزمه الكفارة ، فإنما يكون فيما ليس بنعمة ، كقوله : إن دخلت نيسابور ، أو شربت ، أو زنيت . ولو قال [٣] : إن دخلت مكة ، أو لم أشرب

---

(١) انظر كتاب « النذور » .

(٢) قال ابن الصلاح : « ونَذْرُ التبررِ على ما ذكره غَيْرُ واحد من المصنفين قسمان :

أحدهما : نذر المجازاة .

والثاني : النذر المطلق من غير عِوَضٍ ، بأن يقول ابتداءً : لله عليّ كذا وكذا .

والقولُ الذي بدأ به في نذر اللجاج – وهو أنه يجب الوفاء به – قولٌ ضعيف شاذ في المذهب ، والمذهبُ والمنصوصُ الظاهر المشهور : أنه يجزئه كفارةُ اليمين ، وهو قولُ عائشة (رضي الله عنها) وجماعةٍ من الصحابة والتابعين (رضي الله عنهم) ورواه مسلم في صحيحه عن عقبة بن عامر عن رسول الله ﷺ أنه قال : « كفارةُ النذرِ كفارةُ اليمين » .

ثم هل تتعيّن الكفارةُ ، أو يتخيَّرُ بينهما وبين الوفاء بما نذر ؟ ، فيه قولان . مِنْ أئمتنا مَنْ يقول : الصحيحُ تَعْيينُها ، ومنهم من يقول : الصحيحُ التخييرُ فاعلَمْ ذلك ؛ فإن الحاجة إليه مَاسَّةٌ في الفتوى ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ١٦٩/ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أما لو قال » .

أو صليت [١] ، فهذا محتمل للوجهين ، فَيُرْجع إلى قصده . أما إذا علّقه بمباح - لا على قصد المنع - بل لحرصِه على ذلك الشيء ، كقوله : إنْ لم آكل ، أي : انكسرت [٢] شهوتي بتوفيق الله ، أو دخلت نيسابور ، أي إنْ بقيت [٣] إلى ذلك الوقت : فهذا فيه ترددٌ ، فمنهم من منع التبرر في المباحات .

فروع

الأول : إذا قال : إنْ فعلت كذا فعليّ نذرٌ . نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) أن عليه كفارةَ يمينٍ ، وهو تفريع على قول الكفارة . وإن فرعنا على الوفاء فينبغي أن تجب هاهنا عبادةٌ ما ، وإليه التعيينُ ، وله تعيينُ [٤] كلِّ ما يُتَصوَّر التزامُه بالنذر . وإن قال :

إنْ فعلتُ فعليَّ يمينٌ ، فهو لغوٌ [٥] ؛ إذْ [٦] لم يأتِ بما يُشْعِر بعبادة ولا بصيغةِ الحلف ، وقيل : عليه ما على الحالف .

الثاني : لو قال : مالي صدقةٌ ، أو في سبيل الله ، قال القاضي : هو لغوٌ ؛ لأنه لم يأتِ بصيغة الالتزام ، وفيه وجهان آخران :

أحدهما : أن ذلك كقوله : عليّ صدقةٌ .

والثاني : أنه يتعين مالُه للصدقة ، كقوله : جعلتُ هذه الشاةَ ضَحِيةً [٧] وهو

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أو صليت ، أو لم أشرب » .

وقال ابن الصلاح : « قولُه : فيما إذا قال : « إن دخلت مكة أو صليتُ » فهذا يحتمل الوجهين - احتماله لجهة اللجاج بأنْ يُلَامَ على ترك الصلاة ، فيغضب ، ويقول : إن صليت فلله عليّ كذا و كذا ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٦٩/ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « كُسِرَتْ » . (٣) في (أ) ، (ب) : « أي بقيت » بدون « إنْ » .

(٤) في (ب) : « وله أن يُعَين » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا قال : « إنْ فعلتُ فعليَّ يمينٌ » : « قيل : عليه ما على الحالف » - وجهه : أن هذا التزامٌ على سبيل النذر ، والنذرُ لا يشترط فيه ذِكْرُ اسمِ مُعَظَّم ، بل صيغةُ الالتزام ، وهي موجودةٌ في هذا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٩/ب).

(٦) في (أ) ، (ب) : « لأنه » . (٧) في (ب) : « أضحية » .

بعيد [1] .

وعلى الوجوه الثلاثةِ يُخَرَّج ما لو قال : إن دخلت الدار فمالي صدقةٌ .

هذا بيانُ اليمين الموجِبة ، وكلُّ ذلك إذا لم يَعْقُبْه الاستثناءُ ، فلو قال بعد اليمين : إن شاء الله ، لم يلزمْه شيءٌ كما ذكرنا في الطلاق .

* * *

(١) قال ابن الصلاح : « ذكر فيما إذا قال : « إن فعلتُ كذا فمالي صدقةٌ » ثلاثةَ أوجهٍ ، ذكرها شيخُه (رحمهما الله وإيانا) والمسألةُ منصوصةٌ ، قد نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) فيها على كفارة اليمين . وقال : ومذهبُ عائشة وعدةٍ من صحابة رسول الله ﷺ وعطا . والقياسُ : أنَّ عليه كفارةَ يمينٍ . ثم هل ذلك على التعيين أو التخيير ؟ فيه خلافٌ سَبَق في أصل نذر اللجاج ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٠/أ) .

الباب الثاني
في الكفارة

والنظر في السبب ، والكيفية ، والملتزم .

النظر الأول : في سبب الوجوب ، وهو اليمينُ عندنا دون الحنث ، لكن اليمين يُوجِب عند الحنث كما يُوجِب ملكُ النصاب عند آخر الحول ؛ لأن الحنث لا يحرم باليمين ، بل يَبقى تحريمُه وإباحتُه كما كان (١) . نعم ، في الأَوْلى ثلاثةُ أوجهٍ إذا عقد على مباحٍ :

أحدها : أن الأَوْلى البِرّ ؛ لتعظيمِ اليمين (٢) .

وقال العراقيون: الأَولى الحنثُ(٣)؛لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ الآية (٤).

والثالث : أنه يبقى كما كان .

وأما أبو حنيفة (رحمه الله) فإنه قضى بتحريم الحنث عليه ، وبَنَى عليه أنَّ يمينَ الغموسِ لا ينعقد ، إذِ الماضي لا يمكن تحريمُه (٥) ، وقضى بأنه لو قال : حرمتُ هذا الطعامَ ، لزمتْه الكفارةُ ،

---

(١) قال ابن الصلاح : « قولُه في بيان أن اليمين سببٌ لوجوب الكفارة : (لأنّ الحنثَ لا يحرم باليمين) يعني به أنَّ المحلوف عليه لا يحرم باليمين ، فلا يكونُ الحنثُ بفعله سببَ وجوبِ الكفارة ، فلا يبقى إلا اليمين ، فتكون هي السببَ الموجِبَ عند الحنث ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٠/أ) .

(٢) قال في المنهاج ص (١٤٤) : « والأفضل ترك الحنث » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الحنث أولى » .

(٤) من الآية (١) من سورة (التحريم) .

(٥) قال ابن الصلاح : « ما ذكره أن أبا حنيفة قَضى بأنّ اليمين يُحرم فِعلَ المحلوف عليه ، ويَنْبني عليه أن اليمين الغموس لا تنعقد ؛ لأن الماضي لا يمكن تحريمه ، هذا يَنْبغي أن لا يُتَوهم منه أننا نُخَالفه في عدم انعقاد اليمين الغموس ، فإننا نُوَافقه على عدم الانعقاد على ما سنوضِّحه إن شاء الله تعالى في مسألة اليمين على شُرْب ماءِ إداوةٍ لا ماءَ فيها ، لكننا نُخَالفه في مُسْتند عدم الانعقاد ، فمستندُه – عنده – أن اليمين تُحَرِم المحلوفَ عليه ، والماضي لا يمكن تحريمُه ، ونحن نقول : مستندُه استحالةُ البرِّ فيها لذاته أو اقتران الحنث بها ، ونُخَالفه في وجوب الكفارة ، فلا يُوجبها هو لعدمِ الانعقاد ، ونُوجِبها نحن لوجود مخالفة اليمين والانتهاك لحرمتها ، فنعتبر نحن في وجوب الكفارة مجردَ العقد والحنث ، وهم يعتبرون العقد ، والانعقاد ، والحنث ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٧٠/أ) .

وعندنا لا يلزم [١] إلا في تحريم البضع ، وفيه وردت الآيةُ [٢] ، وقضى بلزوم اليمين في قوله : إن فعلتُ [كذا] [٣] فأنا يهوديّ ؛ لأنه يؤدي معنى التحريم . وقال : لا ينعقد يمينُ الكافر ؛ [٤] إذ ليس مأخوذًا [٤] بتحريم شرعنا [٥] . وقال : لا تُقَدم الكفارةُ على الحنث وإنْ قَدّمَ الزكاةَ على الحول . ومالك (رحمه الله) يُجَوِّز تعجيلَ الكفارة دون تعجيل الزكاة . وعندنا يجوز تعجيلُهما [٦] إلا إذا حلف على محظورٍ ، ففي جواز تقديم الكفارة وجهان :

---

(١) في (أ) : « لا يلزمه » .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن من حرَّم حلالًا عليه – غير زوجته – فلا كفارة عليه . وهذا مذهب المالكية أيضًا . انظر : الكافي ص (١٩٥ ، ١٩٦) . القوانين الفقهية ص (١٦٥) . حاشية الدسوقي (١٣٠/٢) .

ومذهب الحنفية : أن تحريم الحلال يمينٌ يُوجِب الكفارة ، وحجتُهم في ذلك تحريمُ النبيِّ ﷺ العسلَ على نفسه وقيل : حرَّمَ ماريةَ ، فيُعمل بهما . أو لما ثبت بالآية ﴿ لم تحرم ما أحل الله لك ﴾ أن التحريم المضاف إلى الجواري يكون يمينًا ، فكذلك التحريم المضاف إلى سائر المباحات . وهذا مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : المبسوط (١٣٤/٨، ١٣٥) . الهداية (٣٥٩/٢) . المقنع ص (٣١٦) . المبدع (٢٧٢/٩) . الإنصاف (٣٠/١١) . زاد المستقنع ص (٩٦٨) . دليل الطالب ص (٢٧٠) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (ب) : « لأنه ليس مؤاخذًا » .

(٥) **مذهب الشافعية** : أن يمين الكافر منعقدة ؛ وذلك لأنه من أهل الطلاق والعتاق ، فيكون أيضًا من أهل اليمين ، ومن ثم تنعقد يمينه ، ويلزمه الكفارة عند الحنث . فإن حنث قبل إسلامه ، كَفَّرَ بالمال ؛ لأنه ليس من أهل التكفير بالصوم ، ونظيره العبد يلزمه الكفارة بالتكفير بالصوم ؛ لأنه ليس بأهل للتكفير بالمال . وإن حنث بعد إسلامه ، جاز له الصوم إن لم يستطع التكفير بالإطعام . وانعقاد يمين الكافر هو مذهب المالكية والحنابلة أيضًا .

انظر : التنبيه للشيرازي ص (١٢٢) . رحمة الأمة ص (٢٣٢) . المبدع (٢٨١/٩) . الإنصاف (١٦/١١) . المغني لابن قدامة (٦٧٦/٨) .

ومذهب الحنفية : أن يمين الكافر لا تنعقد ، ولا تلزمه الكفارة . انظر : مختصر الطحاوي ص (٣١٦) . المبسوط (١٤٦/٨) . شرح فتح القدير (٨٦/٥) . ملتقى الأبحر (٣١٥/١) . حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (١١٤/٣) .

(٦) هنا مسألتان :

المسألة الأولى : وهي إخراج الزكاة قبل حولان الحول .

المسألة الثانية : وهي تعجيل الكفارة على الحنث .

المسألة الأولى : اتفق العلماء على أنه لا يجوز تعجيل الزكاة قبل مِلْك النصاب ؛ لأنه لم يوجد سببُ وجوبها ، =

أحدهما : لا ؛ لأنه تمهيدٌ / للتوصُّلِ إلى الحرام . ٢٨١/أ

والثاني – وهو الأقيس [١] – أنه يجوزُ ؛ لأن التحريم يُبَايِنُ مأخذ اليمين [٢] .

= فلم يَجُزْ تقديمُها ، وذلك كمنعِ أداءِ الثمن قبل البيع ، والدية قبل القتل .

أما تعجيل الزكاة متى وجد سبب وجوبها ، وهو ملك النصاب ، ولم يحل عليها الحول ، فللفقهاء فيها قولان :

(الأول) : وهو جواز إخراجها تقديمًا على الحول ؛ لأنه أداها بعد سبب وجوبها . وهذا مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة ، واستدلوا لمذهبهم بتعجيل العباس زكاة ماله ، وترخيص النبي له في ذلك .

الثاني : وهو أنه لا يجوز إخراج الزكاة قبل مُضِيّ الحول ؛ لأنها عبادة تشبه الصلاة ، فلم يجز إخراجها قبل الوقت ؛ لأن الحول أحد شرطي الزكاة ، فلم يجز تقديم الزكاة عليه ، كالنصاب . وهذا مذهب المالكية . انظر : مراقي الفلاح ص (١٤٣) . الكافي ص (١٠٠) . القوانين الفقهية ص (١٠٤) . روضة الطالبين (٢١٢/٢) . فتح المعين بشرح قرة العين ص (١٥٢) . الحواشي المدنية على شرح ابن حجر الهيتمي (١٥٥/٢) . المقنع ص (٦٠) . دليل الطالب (٩٨) .

المسألة الثانية : وهي تعجيل الكفارة على الحنث .

فمذهب الحنفية : أنه لا يجوز تقديم الكفارة على الحنث مطلقًا .

ومذهب المالكية : أنه يجوز تقديمها على الحنث مطلقًا ، سواء كانت صومًا أو غيره . وهو مذهب الحنابلة .

ومذهب الشافعية : أنه يجوز تقديمها على الحنث إذا كان إطعامًا أو إعتاقًا أو كسوة ، أما إذا كانت صيامًا فلا يجوز تقديمها على الحنث ؛ لأنه عبادة بدنية ، فلم يجز فعلها قبل وجوبها كالصلاة . انظر : المبسوط (١٤٧/٨) . الهداية (٣٥٨/٢) . تبيين الحقائق (١١٣/٣) . ملتقى الأبحر (٣١٥/١) . الكافي ص (١٩٨) . مواهب الجليل (٢٧٥/٣) . الشرح الكبير (١٣٣/٢) . أسهل المدارك (٣١/٢) . الأم (٦٣/٧) . الروضة (١٧/١١) . حلية العلماء (٣٠٥/٧) . رحمة الأمة (٢٣٢) . المقنع ص (٣١٧) . المبدع (٢٧٨/٩) . دليل الطالب صٓ (٢٧١) . المغني (٧١٤/٨) .

(١) في (أ) ، (ب) : « وهو القياس » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح عند الأكثرين من الشافعية كما في الروضة (١٧/١١) والمنهاج ص (١٤٤) . وقال ابن الصلاح : « قولُه في تقديم الكفارة على الحنث إذا حلف على محظور أنه لا يفعله : (الأقيسُ أنه يجزىء ؛ لأن التحريم يُنَافي مَأْخَذَ اليمين) هذا مشكل ، ومعناه أن التحريم كان ثابتًا قبل اليمين ، ولم يتغيَّرْ باليمين ، ويلزم من ذلك أن يتأثر به حكمُ اليمين ، وفي بعض النسخ « التحريمُ يُبَايِنُ مأخَذَ اليمين » ، « ويباين » أليق من « ينافي » ويكون قد استعمل « ينافي » بمعنى « يفارق » و « يباين » ، وهو جائزٌ ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٧٠/ب) .

هذا في الكفارة المالية تشبيهًا بالزكاة . أما بالصوم (١) ، فالمذهبُ أنه لا يُقَدَّم ، لا سيما في اليمين ، وهو (٢) مُرَتَّبٌ على العجز (٣) ، ولا يتحققُ العجزُ إلا بعد الوجوب . وفيه وجه : أنه يجوز ؛ لعمومِ قولِه (عليه السلام) : « مَنْ حلف على يمينٍ فرَأى غيرها خيرًا منها ، فليكفِّرْ عن يمينه وليأتِ الذي هو خيرٌ (٤) » (٥) .

ثم يجري (٦) التقديمُ في كل كفارةٍ بعد جريان سبب الوجوب ، وكفارةُ القتل (٧)

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أما الصوم » . (٢) في (أ) : « لأنه » .

(٣) أي على العجز عن التكفير بالعتق أو الإطعام أو الكسوة .

وقال ابن الصلاح : « قوله : (أما بالصوم ، فالمذهبُ أنه لا يقدم لا سيما في اليمين ، وهو مرتب على العجز) ، فقوله : (لا سيما في اليمين) فيه احترازٌ عن الصوم غير المرتب على العجز عن المال في كفارات الحج إذا قلنا : يجوز تقديمُها عقيبَ الإحرام » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٠/ب) .

(٤) حديث صحيح : رواه البخاري (٥٢٥/١١)(٨٣) كتاب « الأيمان والنذور » (١) باب « قول الله تعالى : ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ﴾ عن عبد الرحمن بن سمرة حديث (٦٦٢٢) ، ورواه عن أبي موسى حديث (٦٦٢٣) . ورواه مسلم في صحيحه (١٢٧٣/٣)(٢٧) كتاب « الأيمان » (٣) باب « ندب من حلف يمينًا ، فرأى غيرها خيرًا منها ، أن يأتي الذي هو خير ، ويكفر عن يمينه » حديث (١٦٥٢) عن عبد الرحمن بن سمرة . وحديث (١٦٤٩) عن أبي موسى . وحديث (١٦٥٠) عن أبي هريرة . وحديث (١٦٥١) عن عدي بن حاتم . ورواه أبو داود (٥٨٢/٣) حديث (٣٢٧٤) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . ورواه عن أبي موسى حديث (٣٢٧٦) . ورواه الترمذي (٩٠/٤) حديث (١٥٢٩) عن عبد الرحمن بن سمرة . ورواه ابن ماجه (٦٨١/١) حديث (٢١٠٧) عن أبي موسى ، رفعوه جميعًا إلى النبي ﷺ .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله ﷺ : « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرًا منها ، فَلْيُكَفِّرْ عن يمينه وَلْيَأْتِ الذي هو خيرٌ » هو حديث متفق على صحته ، ورواه من الصحابة عبد الرحمن بن سمرة وغيره . وأكثرُ الروايات ، فيها ذِكْرُ الكفارةِ قبل الحنث بحرف « الواو » ، وفي رواية واحدة رواها أبو داود في سننه بإسناد جيد عن عبد الرحمن بن سمرة أن النبي ﷺ قال له : « يا عبد الرحمن إذا حلفتَ ... » فذَكَرَه ، وقال فيه : « فَكَفِّرْ عن يمينك ، ثم ائتِ الذي هو خيرٌ » بحرف « ثم » ، وهذا صريحٌ ، والرواياتُ التي بحرف « الواو » دالةٌ أيضًا على جواز تقديم الكفارة ، فإن حرف الواو - وإن كان لا يُوجب الترتيبَ على أقوى المذهبين - فتقديمُ أحدِ المذكورين في الذِّكْر يدلُّ على جواز تقديمه في الفعل ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٠/ب وما بعدها) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ويجوز » . (٧) في (أ) ، (ب) : « وككفارة القتل » .

تجري بعد الجرح وقبل الزهوق . وكفارةُ الظهارِ بعد الظهار وقبلِ العود إن أمكن (١) . وكفاراتُ الحج بعد الإحرام وقبل ارتكاب الأسباب . وفيه وجه : أنه لا يجوز قبل ارتكاب المحظورِ (٢) ؛ لأن الإحرام ليس سببًا ، بل الارتكاب للمحظور هو السبب .

النظر الثاني : في الكيفية (٣) . (٤ وهذه الكفارة فيها تخييرٌ وترتيبٌ ٤) ، فيتخير بين

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله (وكفارةُ الظهار بعد الظهار ، وقَبْلَ العود إنْ أمكن) هو ممكنٌ في الصُّوَر التي يَتَبَاطأ فيها العَوْدُ عن الظهار ، كما إذا ظاهر عن رجعية ، ثم كَفَّر ، ثم راجع . وكما إذا ظاهر ، ثم طلَّق طلاقًا رجعيا ، ثم كفَّر ثم راجع ، وغير ذلك ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧١/أ) .

قال الحموي : « قوله فيه : (وعندنا يجوز تعجيل الكفارة والزكاة إلا إذا حلف على محذور ، ففي جواز تقديم الكفارة وجهان : أحدهما : لا ؛ لأنه تمهيد التواصل إلى الحرام . والثاني – وهو القياس – : أنه يجزىء ؛ لأن التحريم ينافي مأخذ اليمين ، هذا في الكفارة المالية ؛ تشبيهًا بالزكاة ، أما في الصوم فالمذهب أنه لا يقدم لاسيما في اليمين ، وهو مرتب على العجز ولا يتحقق العجزُ إلا بعد الوجوب ، وفيه وجه ؛ لعموم قوله ﷺ : « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرًا منها ، فليكفِّرْ عن يمينه ولْيَأْتِ الذي هو خير » . ويجزىء التقديم في كل كفارة وقعت بعد جريان سبب الوجوب ، ككفارة القتل تجري بعد الجرح وقبل الزهوق ، وكفارة الظهار بعد الظهار وقبل العود إن أمكن .. إلى آخره) .

قلت : ما ذكره الشيخ من قوله : (وكفارة الظهار بعد الظهار وقبل العود إن أمكن) يدل على [أن] ذلك ممتنعٌ تصويرُه من عنده إلا أن يتحقق وقوعه على ندور ، وإنه ليس كذلك ؛ فإن إمكانه ظاهر ، وفيها صور : أحدها : أن يبادر إلى فعلٍ علَّق به الطلاق ، فإنه لا يكون عائدًا . وثانيها : أنه لو اشتغل بأسباب شراء الزوجة المملوكة بعد الظهار ، فإنه لا يكون عائدًا على وجه . وثالثها : أنه لو رَفَع الأمرَ إلى القاضي في اللعان لكان غيرَ عائد على الأصح ، فعلى هذا يعتق عن الظهار في هذا كله .

قلت : أمكن أن يجاب عن هذا بأن يقال : لعله لم يذكر ذلك إلا حتى يحدَّ به ذهنَ الطالب ، فيظهر له إمكانُه عند تصوره ، فيخلص بذلك هذه الصورة المذكورة ، أو يكون ذلك آخرَ الأعمِّ الأغلب ، فإن غالب الفقهاء لا يعرف هذه المسائل المذكورة إلا بعد افتكار شديد ، هكذا أجاب عنه بعض الفقهاء .

الجواب الصحيح عندي : أن مراده بقوله : إنْ أمكن وقوع ذلك من المظاهر ، فإن وقوع ذلك يندر كما في شراء الزوجة عقيب الظهار مع حضور سيد الزوجة ، وكذلك في اللعان ، وليس مراد الشيخ بالإمكان معرفةَ صور المسائل ، وإنما مراده تصوُّرُ وقوع ذلك من المظاهر إن تمكن منه ، وبه خرج الجواب . وليس هذا إشكال على الحقيقة وإنما ذكرتُه لكون بعضهم يستشكله » . إشكالات الوسيط (ق ١٨٧ / أ – ١٨٨ / ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « المحظورات » .
(٣) في (أ) : « في كيفيتها » .

(٤) في (ب) : « وهذه الكفارة فيها ترتيب وتخيير » .

=

عِتْقِ رقبةٍ ، وكسوةِ عشرةِ مساكين ، وإطعامِ عشرةِ مساكين ، لكل واحدٍ مُدٌّ ، فإن عجز عن جميع ذلك ، فصومُ ثلاثةِ أيامٍ متفرقًا أو متتابعًا . وفيه قول قديم : أنه يجب التتابعُ ، حملًا للمطلق على المقيَّد في الظهار (١) .

وكيفيةُ الكفارة ذكرناها في الظهار ، وإنما نذكر الآنَ الكسوةَ . والنظرُ في قدرها ، وجنسها ، وصفتها .

أما القدر : فلا يُشْترط دست ثوب ، بل يكفي ثوبٌ واحدٌ : كجبة ، أو قميص ، أو رداء ، أو سراويل ، أو عمامة قصيرة . ثم لا يشترط المخيط ، بل يكفي الكرباس . (٢ ولو سلم إلى طفل يواريه خرقة كفاه ٢) إذا قبضها وَلِيُّه . ولو سلَّم إلى كبير مايستر طفلًا ، فالظاهرُ جوازُه ، ولا يُنْظر إلى الآخذ ، هكذا قاله (٣) القاضي . وقال غيره : لابُدّ أن ينظر إلى الآخذ . وقال مالك (رحمه الله) : « الواجب ما يستر العورة بحيث تصحُّ الصلاةُ معه » (٤) . وهو قولٌ حكاه البويطي .

أما الجنس ، فيجزئ القطن والإِبْرَيْسَم والكتان والصوف . وفي الدرع وجهان (٥) ؛

---

(١) يعني كما أن الصوم في كفارة الظهار يشترط متتابعًا فكذلك في صيام الكفارة .

(٢) في (أ) : « ولو سلم إلى طفل خرقة كفاه » . وفي (ب) : « ولو سلّم إلى طفل خرقةً تواريه كفاه » .

(٣) في (ب) : « هكذا قال » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أن الواجب في الكسوة – في كفارة اليمين – ثوب : قميص ، أو سراويل ، أو عمامة ، أو جبة ، أو إزار ، أو رداء ؛ لأن الاسم يقع على كل هذا . انظر : الأم (٦٥/٧) . مختصر المزني ص (٢٩٢) . الروضة (٢٢/١١) . حلية الفقهاء (٣٠٨/٧) . رحمة الأمة (٢٣٧) .

ومذهب المالكية : أن الواجب في الكسوة ، للرجل ثوب يستر جميع جسده ، وللمرأة ما يجوز لها فيه الصلاة ، وذلك ثوب وخمار ، ولا يجزىء ما لا يستر البدن كإزار وعمامة . وهذا مذهب الحنفية والحنابلة .

انظر : الكافي ص (١٩٨) . القوانين الفقهية ص (١٧٠) . مواهب الجليل (٣/ ٢٧٣) . الشرح الكبير (١٣٢/٢) . أسهل المدارك (٢٩/٢) . المبسوط (١٥٣/٨) . تبيين الحقائق (١١٢/٣) . ملتقى الأبحر (٣١٥/١) . رد المحتار (٣/ ٧٢٦) . المقنع ص (٣١٦) . المبدع في شرح المقنع (٢٧٧/٩) . الإنصاف (٤٠/١١) .

(٥) والأصح أنه لا يجزىء ؛ لعدم اسم الكسوة . انظر الروضة (٢٣/١١) .

لأنه أيضًا ملبوسٌ تجب الفديةُ على المحْرِم به ، وكذلك [(١)] في الخفّ والشمشك والقَلَنسُوة وجهان . أما النعلُ ، فلا يُجزىء كالمِنطقة على وجهٍ ، وعلى وجه هو كالشمشك . [(٢] ولم يُعْتبر في الثوب غالبُ جنسِ ملبوسِ أهل البلد [٢)] ، قال القاضي : ولو اعْتبِر ذلك لم يَبْعُد .

أما الصفة ، فيؤخذ الجديدُ ، والخَلق ، والمَعِيب إلا إذا صار بكثرة الاستعمال مُنْسَحِقًا بحيث يتمزّق على القرب أو تَمَزَّق بالاستعمال ورُقِّع .

النظر الثالث : فيمن عليه الكفارةُ . [(٣] وتجب الكفارة على كل مكلف [٣)] حنث ، حرًّا كان أو عبدًا ، مسلمًا كان أو كافرًا ، [(٤] بقي حَيًّا أو مات قبل الأداء [٤)] .

والنظر في الميت والعبد :

أما الميتُ ، فله أحوال :

الأولى : أن يكون له تَرِكةٌ ، وعليه كفارةٌ مرتبة ، فعلى الوارثِ الإعتاقُ عنه ، ولا بأس بحصول الولاء له بغير إذنه ، وتثبت هذه الخلافةُ للضرورة . وإن كان عليه كفارةُ يمينٍ ، فله أن يَكْسُوَ ويُطْعم عنه ، ولا ضرورةَ في تحصيل الولاء له ، ففي إعتاقه عنه – والكفارة مخيرة [(٥)] – وجهان ، والأصح الجواز .

الثانية : أن لا يكون له تركة ، [(٦] فللوارث أن يكسو ويُطْعم عنه [٦)] مُتَبَرِّعًا ، وفي التبرع بالإعتاق عنه وجهان مرتبان على الكفارة المتخيَّرة [(٧)] ، وأولى بالمنع ؛ إذ التركةُ

---

(١) في (ب) : « وكذا » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ولم يعتبر في الثوب أن يكون من غالب ملبوس أهل البلد » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وهي على كل مكلف » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « حيا كان أو ميتا قبل الأداء » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) : « فللوارث أن يطعم عنه ويكسو » .

(٧) في (ب) : « المخيرة » .

علقة مسلطة . وتبرعُ الأجنبيِّ بالعتق عنه لا يجوز . وفي إطعامه وكسوته وجهان (١) .
وفي عتقِ الأجنبيِّ [عنه] (٢) وجهٌ بعيد : أنه ينفذ كالكسوة . وفي إطعامِ الوارثِ وجهٌ
بعيدٌ : أنه لا يجوز كالإعتاق ، وهما بعيدان .

أما الصوم ، ففي صوم الوليِّ عنه خلافٌ (٣) .

---

(١) والأصح إطعامه وكسوته عنه . انظر الروضة (١١/٢٦) . (٢) زيادة من (ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله (في صوم الوليّ خلافٌ) هذا ، موضعُ استقصائه كتابُ الصوم ، ولكنا لا نَدَعُ مُعَاودة بيانِه ؛ لما وقع فيه من مرغوب عنه ، فاعلمْ أنَّ الخلاف فيه اختلافُ قولين :

أحدهما : يُنْسب إلى القديم ، أنه يصوم عنه وَلِيُّه .

والثاني : وهو الجديد والمعروفُ من مذهب الشافعي (رضي الله عنه) أنه يُطْعِم عنه عن كلِّ يوم مُدًّا . والحجةُ له ماروِي عن ابن عمر عن رسول الله ﷺ : « من مات ، وعليه صومُ رمضان أنه يُطْعم عنه مكانَ كلِّ يوم مسكينًا » وروي « مدّين حنطة » ، والصحيحُ الذي لا يُعْدَل عنه أنه يصوم عنه وَلِيُّه ؛ إذ ثبت في الصحيحين من حديث عائشة (رضي الله عنها) أن رسول الله ﷺ قال : « من مات وعليه صيام صام عنه وليه » ، وثبت في صحيح مسلم وغيره من رواية ابن عباس وبُريدة بن الحصيب (رضي الله عنهم) أن رسول الله ﷺ أمر امرأةً ماتت أُمُّها ، وعليها صوم : أن تصوم عن أُمِّها . وأما حديث ابن عمر (رضي الله عنهما) ، فَغيْرُ ثابتٍ في الصحيح فيما ذكره الترمذي وغيره من أئمة الحديث أنه موقوف على ابن عمر من قوله . ولِمَنْ نَصَرَ القولَ الجديدَ - على ما ورد في صوم الولي - كلامٌ يَنْشأ من عدم الاطلاع ، وما روي عن ابن عباس وعائشة من أنهما أَفْتَيا في ذلك بالإطعام ، ليس فيه تركٌ ونَفْيٌ منهما لما رويناه ، وقد قال الحافظ البيهقي : من جوَّز الصيام عن الميت يُجَوِّز الإطعام عنه . ثم قد عرف من قاعدة مذهبنا أنَّ إفتاء راوي الحديث بخلافه لا يُضَعِّفُه ، وأنا أقول : ينبغي أن يدفع الخلاف في ذلك من المذهب ويقطع بأن مذهب الشافعي تجويز الصوم عن الميت ، فقد ثبت عنه أنه أمرنا في أمثال ذلك بالعمل بالحديث وتَرْكِ ما قاله على خلافه ، وعَمِلَ الأصحابُ مثلَ هذا في مسألة التثويب وغيرها ، وقد قال الحافظ الفقيه أحمد البيهقي : لو وقف الشافعي (رحمه الله) على جميع طُرُقِ هذه الأحاديث وتظاهرها لم يخالفها إن شاء الله ، وبالله التوفيق .

ثم إننا لم نَجِدْ لأحدٍ من الأصحاب تفسيرَ الولي المذكور ، وتردَّدَ إمامُ الحرمين في أنه الوليُّ الذي يَلي أَمْرَ المولي عليه ، أو هو الوارث ، أو هو القريب وإن لم يرث ، أو هو العَصَبة ، ولم يقض فيه بشيء ، وقال : لا نَقْلَ عندي فيه ، وليس معنا في معناه ثبتٌ نعتمده . قال الشارح رضي الله عنه [يعني ابن الصلاح] يَظهر حَمْلُه على القريب بإطلاقه ؛ فإنه أقرب إلى العموم ، أو إلى الحديث وإلى أصل وَضْعِ اللفظ ؛ فإن الوليَّ في الأصل عبارةٌ عن القريب ، وهو مأخوذ من الوَلْي - على وزان الرَّمْي - وهو القرب ، والله أعلم .

ثم إنه موجود في طريقتي العراق وخرسان أنّ الولي - على هذا - لو أمر أجنبيًّا حتى صام عنه بأجرة أو غير أجرة : جاز ، وممن ذكر ذلك صاحبُ « الشامل » وصاحب « التتمة » ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٧١/أ وما بعدها) .

والأجنبيُّ المأذون [له] (١) في الصوم كالوليِّ الذي ليس بمأذون (٢) في الصوم . وفي صومِ الأجنبيِّ من غير إذنٍ خلافٌ مرتب على الإطعام ، وأولى بالمنع . وإن قلنا : تجرى فيه النيابة ، فلو مرض بحيث لا يُرْجَى بُرؤه ، ففي الصومِ عنه - وهو حيٌّ - وجهان كشبهه بالحج ، حيث تطرقت إليه النيابةُ ، ولكنه بالجملة أبْعَدُ عن النيابة .

الثالثة : إذا مات وله تركةٌ ، وعليه ديونٌ ، ففي تقديم حقِّ اللهِ أو الآدمي ، ثلاثةُ أقوالٍ ذكرناها في الزكاة (٣) . فإن قلنا : تُقَدَّم الديونُ ، فكأنه لا تركةَ له . ولو حُجِرَ عليه بالإفلاس قدم (٤) الديون قطعًا ؛ لأن الكفارة على التراخي .

فرع : لو أوصى أن يُعْتق عن كفارةِ يمينِه عبدٌ [و] (٥) قيمتهُ تزيد على الطعام والكسوة ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يحسب من الثلث ؛ لأن تعيين العتق تبرع .

والثاني : لا ، بل هو أحد الخصال الواجبة ، وقد تعين بتعيينه . فإن قلنا : [إنه] (٦) يحسب من الثلث ، فوجهان :

أحدهما : أنَّ قَدْرَ قيمةِ الطعام يُحْسب من رأس المال ، والزائدُ إن لم يَفِ الثلثُ به ، عَدَلْنا إلى الطعام .

والثاني - وهو / ظاهرُ النصِّ - أن الثلث إنْ لم يَفِ بأصل (٧) قيمة العبد عَدَلْنا إلى الطعام . ٢٨٢/ب

أما العبد ، فإذا حلف ، فليس عليه إلا الصوم ؛ لأن الصحيح أنه لا يَمْلك بالتمليك . وللسيد مَنْعُ الجارية عنه (٨) للاستمتاع ؛ لأنه على التراخي ، وله مَنْعُ العبد الذي يَضْعف عن الخدمة عن الصوم ، وإن كان قويًّا فلا . وإن كان الحنث - أو اليمين أو كلاهما -

---

(١) زيادة من (أ) .
(٢) في (أ) ، (ب) : « ليس مأذونًا » .
(٣) وأظهرهما تقديم حق الله تعالى . انظر الروضة (٢٥/١١) .
(٤) في (أ) ، (ب) : « قدمت » .
(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٦) زيادة من (أ) .
(٧) في (أ) ، (ب) : « إن لم يَفِ بقدر ... » .
(٨) في (أ) ، (ب) : « وللسيد منع الجارية عن الصوم » .

بإذن السيد – ففيه [نظر] (١) ما ذكرناه في الظهار . ومَنْعُه عن صوم كفارة الظهار غير ممكنٍ ؛ لأن فيه إدامةَ التحريم وإضرارًا بالعبد (٢) .

أما إذا مات العبدُ ، فللسيد أن يُكفر عنه بالإطعام والكسوةِ وإن قلنا : إن العبد لا مِلْكَ له (٣) ؛ لأنه إذا مات فلا رِقَّ عليه ، والحرُّ الميتُ أيضًا لامِلْكَ له . وإن (٤) أعتق عنه فوجهان ؛ لِعُسْرِ الولاءِ في حقّ الرقيق .

أما إعتاقُ العبد ممَّا ملكه على قولنا : إنه يَمْلك بالتمليك ، ففيه تفصيلٌ ذكرناه في « البسيط » فلا نُطَوِّل به (٥) ؛ لأنه (٦) تفريعٌ على قول ضعيف .

فرع : مَنْ نصفُه حرٌّ ، ونصفُه عبدٌ (٧) : نصّ الشافعي (رضي الله عنه) أنه يكفر بالمال إن كان له مالٌ (٨) ؛ وقال المزني (رحمه الله) : لا يجوزُ إلا الصوم (٩) ؛ لأن المال يقع عن جملته ، إذِ التجزئةُ لاتمكن في المؤَدَّى ، كما لا يمكن إعتاقُ نصفِ رقبةٍ وإطعامُ خمسةِ مساكين . ومن الأصحابِ من جعل هذا قولًا مُخَرَّجًا .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قولُه في صوم العبد : (إن كان الحنث ، أو اليمين ، أو كلاهما بإذن السيد ، ففيه نظر ذكرناه في الظهار ، ومَنْعُه عن صوم كفارة الظهار غيرُ ممكنٍ ؛ لأن فيه إدامة التحريم وإضرارًا بالعبد) . هذا وَهْمٌ ، ولا يَخْفى على الفقيه أن هذا لا يستقيم حيث لم يُوجد الإذنُ من السيد أصلًا ، أو وُجِدَ على وجهٍ لم يجعلْه إذْنًا في الصوم ، وإنما هذا متعلِّق بمحذوف لم يَذْكره ، لا هاهنا ولا فيما أَحالَ عليه من كتاب « الظهار » وهو أنه إذا وُجِدَ الحنثُ واليمين بإذن السيد ، فالمذهبُ أنه ليس له مَنْعُه من تعجيل الصوم ، وقيل : له مَنْعُه كما أن للزوج مَنْعَ زوجته من الحج على قول . وهذا الخلافُ لاجريان له في صوم كفارة الظهار وإنْ كان الظهار والعَوْدُ بإذن السيد ؛ لِمَا فيه من إدامة التحريم كما ذَكَرَه ، وهو على هذا الوجه الذي ذكرناه مذكورٌ في « البسيط » ، « والنهاية » والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٢/أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لا مال له » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ولو » .

(٥) قال ابن الصلاح : « ذكر أن العبد إذا أعتق ما ملكه السيد ، ففيه تفصيلٌ ذكره في « البسيط » ، والنفسُ تتشوَّف عند الحوالة إلى البيان ، واختصارُه : أنه إن أعتق بغير إذن السيد لم يصحَّ ، وإن أعتق بإذنه ، ففيه خلافٌ مبني على أن العبد ، هل يتأهَّلُ لثبوت الولاية ؟ فإن قلنا : نعم – وهو قول غريبٌ ضعيفٌ – صَحَّ تكفيرُه بإعتاقه . وإن قلنا : لا ، فلا يقع عن كفارته ويقع عن السيد ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٢/أ) .

(٦) في (أ) : « فإنه » .

(٧) في (ب) : « ونصفة رقيق » .

(٨) انظر نص الشافعي (رحمه الله) في مختصر المزني ص (٢٩٣) .

(٩) انظر قوله في مختصره ص (٢٩٣) .

الباب الثالث
فيما يقع به الحنث

وذلك بمخالفة موجب اليمين لفظًا وعرفًا (١) ، وهو باب جامع الأيمان ، والألفاظُ لا تنحصر ، ولكن تعرض الشافعي (رضي الله عنه) لِمَا يكثُرُ (٢) وقوعُه ، وهي سبعة أنواع :

النوع الأول : في ألفاظ الدخول وما يتعلّق به ، وفيه ألفاظ :

الأول : إذا حلف أن لايدخل الدار ، فَرَقِيَ في السطح ، لم يحنث إلا أن يكون مسقفًا ، وإن كان محوطًا من الجوانب غير مسقف ، فالظاهر أنه لا يحنث . والحائط من جانب واحد لا يؤثر (٣) ، [وإن كان] (٤) من جانبين وثلاثة (٥ ففيه خلاف مرتب ٥) [على التحويط من الجوانب ، وأولى بأن لايحنث . ولو حلف أن لا يدخل الدار ، فصعد السطح ، ونزل إلى صحن الدار وخرج من الباب ، فوجهان من حيث إنه حصل في الدار ، لكنه لم يدخل من الباب (٦) . ولو حلف أن لا يخرج من الدار فصعد السطح

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله - رحمه الله وإيانا - في الحنث : (إنه مخالفةُ اليمين لفظًا وعرفًا) كنا نَسْتنكر الجمعَ بينهما ، ونتأوّل كلامَه على خلافِ ظاهرِه حتى استبان أنه - على ظاهره - صحيحٌ ، ولا يكفي في ذلك المخالفةُ لفظًا لا عُرْفًا ، كما إذا حلف لا يأكل رأسًا ، فأكل رأسَ حوتٍ ، فلا يحنث ، وإن خالف لفظًا ؛ لكونه لم يخالف عرفًا ، ولا يكفي أيضًا المخالفةُ عرفًا لا لفظًا ، كما إذا حلف لا يشرب له ماءً من عطش ، فأكل من طعامه ، فقد خالف عرفًا ولم يحنث ؛ لكونه لم يخالف لفظًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٢/ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فيما يكثر » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لا تأثير له » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فخلافٌ مرتب » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (لو قال : « لا أدخل الدار فصعد في السطح ونزل في الدار وخرج ففي الحنث وجهان من حيث إنه حصل في الدار لكن لم يَدْخل من الباب) المعروفُ والمذكورُ في غير واحدٍ من كتب العراقيين والخراسانيين : أنه يحنث وجهًا واحدًا ، ولو صحَّ نَقْلُ الوجه الآخر ، لم يكن ينبغي أن يَجْمع بينه وبين المعروف ويقول : فيه وجهان ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٢/ب) .

ونزل ، فلايحنث . قال القاضي : وجب أن يحنث ؛ لأنه كالدخول سواء فإن من حلف لا يدخل الدار ، فدخل ببعضه : لم يدخل] [١] .

ولو حلف على الخروج ، فصعد السطح : لايَبَرُّ به ؛ (٢ إذ ليس به أيضًا خارجًا ٢) ؛ كما أن من دخل ببعضِ بدنِهِ ، أو خرج ببعضِ بدنِه ، لايحنث في يمين الدخول والخروج ؛ لأنه ليس بداخل ولاخارج . وقال القاضي : إذا لم يكن داخلًا في صعود السطح ، فينبغي أن نجعله خارجًا [٣] .

وأما الدهليز ، فقد نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) أن داخل الدهليز لايَحنث ، فقال الأصحاب : أراد به الطاق المضروب خارج الباب ، فإن جاوز البابَ حنث ، قال إمام الحرمين : لا يَبْعُد أن يُقال : أراد به داخل الباب قبل الوصول إلى صحن الدار ؛ لأن ذلك لا يُسَمَّى دارًا ، بل له اسمٌ على الخصوص . ولو انهدمت الدار ولم يَبْقَ إلا العرصة لم يحنث بدخولها . ولو بَقِيَ ما يقال : إنه دار ، فيحنث .

ولو قال : (٤ لا أَدخل الدار ، فصعد السطح ، ونزل في الدار وخرج ، ففي الحنث وجهان من حيث إنه حصل في الدار ، لكن لم يدخل من الباب . ولو قال ٤) وهو في الدار : لا أدخل الدار [٥] ، لم يحنث بالمقام كما لو قال : لا أَتطهر ، لايحنث باستدامةِ الطهارة ، بخلاف ما لو قال : لا أَلبس ولا أَركب ، فإنه يحنث بالاستدامة ، إذ يقول الراكبُ : أركب فرسخًا ، أي أستديم ، ولا يقول مَنْ في الدار : أَدخل ، بل يقول : أُقيم [فيه] [٦] وفيه وجه بعيد : أنه لا بد من مفارقة الدار ، كما لا بُدَّ مِنْ نزعِ الثوب .

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وثابت في (أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « إذ لا يكون به خارجًا أيضًا » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا حلف على الخروج فصعد السطح : (قال القاضي : ينبغي أن نجعله خارجًا) هذا يُوهم أن القاضي لم يقطع بكونه خارجًا ، وقد قطع بذلك فيما وجدته في « تعليقه » وغيرِه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٢/ب) .

(٤) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٥) كلمة « الدار » ليست في (أ) ، (ب) .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

اللفظ الثاني : إذا حلف [أن] [١] لايدخل بيتًا ، فدخل بيتًا له اسم آخر أخصُّ وأشهرُ – كالمسجدِ ، والكعبة ، والرحا ، والحمام – فالظاهرُ أنه لايحنث به [٢] ، وفيه وجه : أنه يحنث به ؛ لأن البيت – وإن جُعِلَ مسجدًا – لايُفَارقه وَضْعُ الاسمِ . ويقرب منه الخلافُ فيما لو حلف أنه [٣] لايأكل الميتةَ ، فأكل السمك . أو لايأكل اللحم ، فأكل الميتة : فمِنْ ناظرٍ إلى وضْع الاسم ، ومِنْ ناظرٍ إلى وضع [٤] الاستعمال .

ولو دخل بيتَ الشعرِ ، حنث إن كان بدويًّا ؛ لأنه بيتٌ عندهم ، وإن كان قرويًّا فثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : أنه يحنث ؛ (٥ لأنّ الله تعالى سمَّاه بيتًا ، وقال ٥) : ﴿ وَجَعَلَ لَكُم مِّن جُلُودِ ٱلْأَنْعَٰمِ بُيُوتًا [٦] ﴾ [٧] .

والثاني : لا ؛ لأنه ليس يُفهم منه البيت ، فَيُرَاعَى فَهْمُه ، لا وضْعُ اللسان .

والثالث : (٨ أن قريته إن كانت قريبةً ٨) من البادية يَطْرقونها فيحنث ، وإلا فلا .

ويرجع الخلاف إلى أن المعتبر ، عُرْفُ اللفظِ في الوضع عند مَنْ وَضَعَه ، أو عُرْف اللافظ في الاستعمال ؟ ، ونصُّ الشافعيِّ (رضي الله عنه) يميل إلى عُرْف اللفظ ، فإنه قال : يحنث ، قرويًّا كان أو بدويًّا . ومع هذا ، نصَّ أنه لو حلف لايأكل الرءوس ، لايحنث برأس الطير والسمك. ولوقال: لاآكل اللحم، لم يحنث بلحم السمكِ [٩] . وذكر صاحبُ

(١) زيادة من (ب) .

(٢) وهو المذهب ؛ لأن هذه الأماكن ليست للإيواء ، ولا يقع عليها اسم البيت إلا بتقييد . انظر روضة الطالبين (١١/٣٠) .

(٣) كلمة : « أنه » ليست في (أ) ، (ب) .

(٤) كلمة : « وَضْع » ليست في (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لأن الله تعالى قال » .

(٦) من الآية (٨٠) من سورة (النحل) .

(٧) وهذا الوجه هو الأصح ، وهو ظاهر نص الشافعي (رحمه الله) أنه يحنث . انظر الروضة (١١/ ٣٠) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « إن كانت قريتُهُ قريبَةً » .

(٩) انظر نص الشافعي (رحمه ا لله) في مختصر المزني ص (٢٩٦) .

وقال ابن الصلاح : « إيضاحُ الفرقِ بين ما إذا حلف لا يدخل بيتًا ، فدخل بيتَ شعرٍ حيث يحنث وإن كان =

« التقريب » قولًا : أنه يحنث برأس الطير والسمك ؛ اتباعًا للفظ كما في لفظ البيت ، لكن الفرق ممكنٌ من حيث إن الرأسَ ، إذا ذكر مقرونا [بالأكل] [١] لم يمكن أنْ ندعى فيه عمومَ اللفظ في عرف الوضع / . ٢٨٢/أ

ولو ذكرَ الرأسَ مقرونًا باللمس - لا بالأكل - حنث برأس الطير ، حتى قال القفال : لو قال بالفارسية : « دَرْخَانه نَشَوَمْ » [٢] لا يحنث ببيتِ الشَّعر ؛ إذ لم يَثبت هذا العمومُ في عُرْف الفارسية . وإذا قصد اللفظ العربيّ ، جاز أن يُؤَاخذ بموجب ذلك اللفظ ؛ لأنه اختار ذلك اللفظ [٣] ، كما لو قال : لاآكل التفاح ، وهو لايدري « ما التفاح » حنث بما سمَّاه العربُ تفاحًا [٤] .

= قرويًا ، وبين ما إذا حلف لا يأكل رأسًا حيث لا يحنث بأكل رأس السمك ولحمِه : أن القَرَوِيَّ يُطْلق اسمَ « البيت » على بيت الشعر ، وإنما يُفَارق البدويَّ في عدم استعماله له فعلًا ، لا في عدم استعمال فِعله اسمِه قولًا [كذا بالأصل] ، وليس كذلك اسمُ الرأسِ واللحم ، فإنه لا يطلق مقرونًا بأكل عند رأس السمك ولحمه ، ونظيرُ « البيت » من الرءوس رأسُ ما هو قليل الوجود من الرءوس التي يحنث بها ، فإنه يحصل الحنث به عند الإطلاق ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٣/أ) .

(١) زيادة من (أ) .

(٢) هذه جملة بالفارسية وترجمتها كالآتي : دَرْ : في « حرف جر » .

خانه : البيت .

نشوم : النونُ نافيةٌ ، و « شو » فعل بمعني : أدخل ، والميم مثل تاء الفاعل ، والمعنى : لا أدخل .

(٣) قال ابن الصلاح : « ماحكاه عن القفال من أنه لا يحنث ببيت الشعر إذا حلف بالفارسية قائلًا : « دَرْخانَه نَشَوَمْ » قد وافق القفالَ عليه غَيْرُ واحدٍ من المصنفين بعده ، منهم الفوراني والروياني وصاحب « النهاية» وصاحب « التهذيب » .

وقوله « دَرْخانه نشوم » هو بدال مهملة مفتوحة ، ثم راء مهملة ساكنة ، ثم خاء منقوطة بعدها ألف ، ثم نون مفتوحة ، وبعدها « هاءٌ » ساكنة قد تسقط في الوصل ، ثم نون مفتوحة ، ثم شين مثلثة مفتوحة ثم واو مفتوحة ، ثم ميم ساكنة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٣/أ) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (لو قال : لا آكل التفاح وهو لا يدري ما التفاح ؟ حنث بماسمَّاه العربُ تفاحًا) صورتُه ما إذا نوى ما هو معناه بالعربية ، ونظيره من الطلاق ما إذا لفظ العجميُّ بلفظ الطلاق ناويًا به مُوجَبَه ، وفي ذلك وجهان غير مذكورين في هذا الكتاب ، وهذا مثلُه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٣/ب) .

وقال الصيدلاني : لو حلف ، لايأكل الخبز - وهو في بلاد طبرستان - حنث بخبز الأرز ، ولا يحنث في غيرها (١) .

وكلُّ ما ذكرناه في مطلق اللفظ ، فإن نوى شيئًا من ذلك فتتبع نيتُه إن احتمل (٢) . فلو قال : والله ، ما ذقتُ لفلانٍ ماءً ، وكان قد أكلَ طعامه ، لم يحنث . ولو نوى الطعامَ أيضًا لم يحنث ؛ لأن لفظ « الماء » لايَصْلح له .

اللفظ الثالث : لو قال : لاأسكن هذه الدارَ ، فَلْيخرجْ على الفور ، ولايَكْفيه إخراجُ أهلِه مع المقام . ولو خرج وترك أهلَه ، لم يحنث (٣) .

ولو انتهضَ لنقلِ الأقمشة (٤) على العادة ، قال المراوزةُ : لا يحنث (٥) . وقال العراقيون : يحنث . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يحنث إلا بالمقام يومًا وليلة (٦) .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قول الصيدلاني : إنه لا يحنث بخبز الأرز في غير طبرستان . قد خُولِفَ فيه . وفيما يأتي في مسألة الرءوس ما يدلُّ على الخلاف فيه ، والأصحُّ أنه يحنث كما في نظيره من بيت الشَّعر ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٣/ب) .

(٢) قوله : « إن احتمل » ساقط من (أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا حلف لا يَسْكن هذه الدار وهو فيها : (إن خرج وترك أهله لم يحنث) ، هذا بشرط أن يخرج على قصد الانتقال ، لِيَقَعَ الفرقُ بينه وبين الساكن الذي مِنْ شأنه أن يَخْرج ويَعود » . مشكل الوسيط (جـ ٢ق ١٧٣/ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « القماش » .

(٥) وهذا هو الأصح كما في الروضة (٣١/١١) والغاية القصوى (٩٩٥/٢) .

(٦) قال ابن الصلاح : « وقوله : (لو انتهض لنقل الأقمشة ، قالت المراوزة : لا يحنث ، وقال العراقيون : يحنث ، وقال أبو حنيفة : لا يحنث إلا بالمقام يومًا وليلة) هكذا هو في « نهاية المطلب » . ولا يصحُّ ذلك ، وقد راجَعْنَا في ذلك كتبَ أصحابه وكتبَ أصحابنا ، وإنما حكاه صاحبُ « الحاوى » وصاحبُ « الشامل » وغيرُهما عن مالك ، وجعلا الخلافَ بيننا وبين أبي حنيفة في المنسوب هاهنا إلى المراوزة ، فجعلاه مذهبَ أبي حنيفة ، وجعل القول بالحنث مذهبنا من غير خلاف ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٣/ب) .

قلت : مذهب أبي حنيفة في ذلك : أنه إذا حلف لا يسكن هذه الدار ، وهو ساكنها ، فإن أخذ في النَّزْع والنُّقْلة - من غير لُبْثٍ - لا يحنث ، وإلا حنث ، ولا بد من خروجه بجميع أهله ومتاعه . وعند أبي يوسف : يُعْتبر نَقْلُ الأكثر . وعند محمد : يعتبر نقل ما لا بد في البيت منه من آلات الاستعمال . انظر : المبسوط (١٦٢/٨) . تبيين =

ولو قال : لا أُساكنُ فلانًا ، ففارقه صاحبُه برَّ في اليمين . وإن فارق هو في الحال فكذلك . وإنْ أقام ساعةً حنث . والنظرُ في الأماكن ، فإن كانا في « خان » (١) ففيه ثلاثةُ أوجهٍ (٢) :

أحدها : أنه يبَرُّ في اليمين (٣) ؛ إذِ انفرد ببيتٍ وإن كان معه في الخان (٤) .

والثاني : أنه لابد من الخروج من الخان ؛ تشبيهًا للخان بالدار لابالسِّكّة (٥) .

والثالث : أنه إنْ حلف ، وهو معه في بيت ، كفاه الخروجُ من البيت ، وإن لم يكن في البيت فلابُدَّ من الخروج من الخان .

أما البيتان من الدار ، فمكانٌ واحدٌ عند الإطلاق ، وفيه وجه [آخر] (٦) أنهما كالخان . ثم على الصحيح ، لو انفرد بحجرة تنفرد بمرافقها (٧) لكنْ بابُها لافِظٌ في الدار ، ففيه وجهان لأجل الطريق ، أما الحجرة في الخان فمنفردة ولا يؤثر كون الطريق على الخان ، ولو قال ساكنُ حجرة في الخان (٨) : لاأُساكن فلانًا ، وهو في حجرة أخرى ، فلا يحنث بالإقامة ؛ لأنه ليس مُسَاكنًا . وقال القاضي : يجب الخروجُ من الخان. (٩ وهذا بعيدٌ ، ولزمه طردُه في دُورٍ في سكةٍ ٩) وقد ارتكبه ، ويلزمه في سكتين

= الحقائق (١٩/٣) . ملتقى الأبحر (٣١٩/١ وما بعدها) . الدر المختار (٧٥٠/٣) .

ومذهب مالك في هذا : أن من حلف لا يسكن هذه الدار – وهو فيها – فإنه يجب عليه أن ينتقل منها فورًا ؛ لأن بقاءه يُعَدُّ سُكْنَى عرفًا . فإن بقي فيها بعد يمينه مدةً تزيد على مدة إمكان الانتقال : حنث ولو كان البقاءُ ليلًا .

هذا مذهب المدونة ، ومقابِلُه قولُ أشهب : إنه لا يحنث حتى يكمل يومًا وليلة . انظر : القوانين الفقهية ص (١٦٩) . مواهب الجليل (٢٩٣/٣ وما بعدها) . حاشية الدسوقي (١٤٩/٢) . أسهل المدارك (٢٤/٢ وما بعدها) .

(١) والخان : بيتٌ يُبْتَنى لِسُكْنَى جماعةٍ .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فثلاثة أوجه » .

(٣) قوله : « في اليمين » ليس في (أ) ، (ب) .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (٣١/١١) .

(٥) قوله : « لا بالسكة » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « منفردة بمرافقها » .

(٨) في (ب) : « من الخان » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « وهو بعيد ويلزمه طرده في دور سكة واحدة » .

من بلد ، ولا قائلَ به ، نعم لو قال : نويتُ أن لا أُساكنَه في البلدة فوجهان ، ووجْهُ المنع : أن اللفظ لاينبىء عنه ، ويلزمه منه تقدير ذلك في خراسان . أما المحلة فوجهان مرتبان على البلد وأولى بالاندراج عند النية . وإن كانا في سكة مُنْسَدة الأسفل ، وجرت النيةُ ، فالوجْهُ القطعُ بأنه تتبع النيةُ ، أما إذا كان في دار فانتهض ببناء جدار حائل ، فالصحيحُ : أنه يحنث بالمكث ، وفيه وجهٌ .

* * *

النوع الثاني
في ألفاظ الأكل والشرب وما يتعلق به (١)

وهو (٢) ثلاثة ألفاظ :

الأول : إذا قال : لأشرب ماءَ هذه الإداوة ، لم يحنث إلا بشربِ الجميع . وكذلك لو قال : لأشربنَّ ماءَ هذه الإداوة ، فلا يَبَرُّ إلا بشربِ الجميع . ولو قال : لَأَشربنَّ ماءَ هذا النهرِ ، فوجهان :

أحدهما : أنه يقتضي الجميع ؛ وهو محالٌ ؛ فيحنث في الحال ، كما لو قال : لأصعدنَّ السماءَ (٣) .

والثاني : أنه يُحْمل على التبعيض حيث لا يُحتمل ؛ إذ قد يقال (٤) : فلانٌ شرِبَ ماءَ دجلةَ ، أي : شربَ منها (٥) .

ولو قال : لأقتلنَّ فلانًا - وهو يَدْري (٦) أنه ميتٌ - يلزمه الكفارةُ (٧) في الحال ، كما لو قال : لأصعدنّ السماءَ ، وكذلك لو قال : لأشربنَّ ماءَ هذه الإداوة ، ولا ماءَ فيها (٨) ، وفيه وجه : أنه لا كفارة ؛ فإنه ذَكَرَ محالًا في ذاته بخلاف الصعود ، وقَتْلِ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « في ألفاظ الشرب والأكل » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وهي » .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح أنه يحنث في الحال ولا يَبَرُّ بشُرْبِ بعضِه كما في الروضة (١١/ ٣٤) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وقد يقال » .

(٥) في (ب) : « منه » .

(٦) في (ب) : « وهو يعلم » .

(٧) في (ب) : « لزمته الكفارة » .

(٨) قال ابن الصلاح : « شَرْحُ ما ذكره فيما إذا حلف لَيَشْربنَّ ماءَ هذه الإداوة ولا ماء فيها . من الأصحاب مَنْ قال : لا تلزمه الكفارةُ ؛ لأن اليمين لم تنعقد ؛ لأن البرَّ فيما حلف عليه والوفاء به ، محال لذاته ، بخلاف صعود السماء ، فإنه ممكن في ذاته وإنما استحالتُه من حيث العادة ، فانعقدت اليمين هناك ؛ نظرًا إلى إمكانه في ذاته ، ثم اتصل بها الحنثُ والانحلالُ لحصول اليأس من الوفاء ؛ نظرًا إلى استحالته من حيث العادة ؛ فوجبت الكفارةُ فيه لِتحقُّقِ =

الميت ؛ إذ إحياءُ الميتِ مقدورٌ لله تعالى . وهذا فاسدٌ ؛ لأنّا (١) نُوجِبُ الكفارةَ بوجود المخالفة في اليمين ؛ (٢ بدليل وَجوبِه في الغموس ٢) .

ولو قال : لأصعدنَّ السماء غدًا ، ففي لزوم الكفارة قبل الغد وجهان (٣) . ولو قال : لأقتلنَّ فلانًا - وهو يظنُّه حيًا ، فإذا هو ميتٌ - ففي الكفارة خلافٌ بناءً على أنَّ الناسي بالحلف هل (٤) يعذر ؟ (٥) .

اللفظ الثاني : إذا قال : لآكل هذا الرغيفَ وهذا الرغيفَ ، لا يحنث إلا بأكلهما ، وكذلك لو قال : لا آكلُ ولا أُكلمُ زيدًا ، فلا يحنث إلا بمجموعهما ، وقد ذكرناه في الطلاق ، وليس يخلو عن إشكال (٦) ، ولكن قالوا : الواو العاطفةُ تجعل الاسمينِ

= الانعقاد والحنث ، وهذا فاسدٌ ؛ لأن وجوب الكفارة عندنا لا يتوقف على انعقاد اليمين ، بل على مجرد العقد والحنث وإن لم يثبت الانعقاد ؛ فإنَّ يمين الغموس لا تنعقد ، لأنّ البرَّ فيها محالٌ لذاته ، فإنه إذا حلف مثلًا أنه ما فعل ، وكان قد فعل ، فمحالٌ عدمُ فعلِه مع وجوده ، وإنما أَوجبنا الكفارةَ لمخالفته اليمينَ وانتهاكِه بذلك حرمةَ الاسم المعظَّم ، فكذلك هاهنا .

وأما مسألةُ اليمين على صعود السماء ، فَبَيْنَ الأصحابِ اختلافٌ في أن الكفارة وَجَبت فيها بناءً على المخالفة من غير انعقاد ؟ أو بناءً على الانعقاد ثم الحنث ؟ والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٣/ب وما بعدها) .

(١) في (ب) : « فإنا » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بدليل وجوبها في يمين الغموس » .

(٣) والأصح انعقاد اليمين ، وتلزمه الكفارة بعد مجيء الغد . انظر الروضة (٣٤/١١) .

(٤) في (ب) : « قد » .

(٥) قال في الروضة (٧٨/١١ وما بعدها) : « إذا وجد القول أوالفعل المحلوف عليه ، على وجه الإكراه ، أو النسيان ، أو الجهل ، سواء كان الحلف بالله تعالى أو بالطلاق ، فهل يحنث ؟ قولان : أظهرهما : لا يحنث » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذا قال : « لا آكل هذا الرغيفَ وهذا الرغيف لا يحنث إلا بأكلهما ، وكذا لوقال : « لا آكل ولا أُكلم زيدًا » لا يحنث إلا بمجموعهما ، وقد ذكرناه في الطلاق » . وليس يخلو عن إشكال) هذا لم يَذْكره في الطلاق ولا ما هو نظيره من الطلاق ، وهو أن يكون بصيغة الشرط ، مثل أن يقول : إنْ كلمتُك ودخلت دارك فأنت طالقٌ ، والحكم فيه أنها لا تَطْلُق إلا بالأمرين كما لوقال بصيغة التثنية : إنْ دخلت هذين الدارين ، أو أكلتُ هذين الرغيفين فأنتِ طالق ، وكذلك في اليمين لو قال : لآكُلَنَّ هذين الرغيفين ، أو لا آكل هذين الرغيفين ، فيتعلق كلُّ ذلك بمجموع الأمرين . أما إذا كان ذلك في اليمين بصيغة العطف ، لا بصيغة التثنية ، بأن يقولَ : لا =

كالاسمِ الواحد المثنى (١) ، فهو كما لو قال : لا أُكَلِّمهما (٢) ، فإنه لا يحنث إلا

= آكُلُ هذا الرغيفَ وهذا الرغيفَ ، فقد حكى إمامُ الحرمين عن الأصحاب : أنه لا يحنث إلا بأكلهما كما في صيغة التثنية ، وذكر أن فيه إشكالًا من حيث إن العطفَ يقتضي التشريك بين المعطوف والمعطوف عليه في المذكور فيه فهو في التقدير ، كأنه قال : والله لا آكل هذا الرغيفَ ، والله لا آكل هذا الرغيف ، ولو قال ذلك محققًا يحنث بأحدهما ، فكذا إذا كان مقدرًا . وفرّقَ الإمامُ بين هذا وبين ما سبق من صيغة الشرط في مثله في الطلاق بأنْ صيغة الشرط تقتضي ارتباطَ الجواب المتأخّر بجميع الشرط الذي تقدَّمه وتعلّقه بها . ثم قال : وأقصى ما ذكره الأصحابُ أنَّ الاسم المعطوف على الاسم بمثابة الاسمين المجموعين بصيغة التثنية ، قال : والإشكال قائم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٤/ب) .

(١) في الأصول الثلاثة « المسمّى » وهذا تصحيف ، وإنما هي « المثني » نبّه على ذلك ابن الصلاح في مشكل الوسيط كما في التعليق الآتي له .

(٢) قال الحموي : « قوله : (اللفظ الثاني : إذا قال : والله لا آكل هذا الرغيف وهذا الرغيف ، لا يحنث إلا بأكلهما . ولو قال : لا آكل ولا أكلم زيدًا ، فلا يحنث إلا بمجموعهما ، وقد ذكرناه في الطلاق . وليس يخلو عن إشكال ، ولكن قالوا : « الواو العاطفة » تجعل الاسمين كالاسم الواحد المسمّى فهو كما لو قال : لا أكلّمهما) .

قلت : مراد الشيخ بهذا : أن المعطوف إذا ارتبط بفعلٍ صَدَرَ الكلام به وكان في معنًى مستأنف ، فإذا قال رجل مثلًا : رأيت زيدًا وعَمْرًا ، كان تقديره : رأيت زيدًا ورأيت عمرًا . وإن قال : لا آكل هذا الرغيف وهذا الرغيف ، أو لا آكله ولا أُكَلِّم زيدًا . فتقديره : واللّه لا آكل هذا الرغيف ولا أكلم زيدًا ، ولو ذكر اليمين على هذا الوجه لكان كلُّ واحد منهما يمينًا مستقلةً ، ثم يترتب عليه أنه يحنث بأحد المذكورين في اليمين به ، وليست صيغةُ اليمين بمنزلة صيغة الشرط كما لا يخفى .

إذا ثبت [هذا] وإنما يحسن [هذا] إذا قال : واللّه لا آكل هذا الرغيف ولا آكل هذا الرغيف . كما في قوله : رأيت زيدًا ورأيت عمرًا . وأما إذا لم يقل : لا آكل ، في الثاني ، فيكون الثاني تابعًا للأول فلا يقع لا بوجود أَكْلِهما ، كما لو قال : لا آكلهما ، ولأن « الواو » تجعلهما كالشيء الواحد .

فإن قيل : لقد استشهد الشيخ بجوازه في قوله : (ولكن قالوا : « الواو العاطفة » تجعل الاسمين كالاسم الواحد المسمى) .

قلت : إنما ذكر الشيخ ذلك بطريق الاعتذار عن قول الفقهاء : إنه لا يقع إلا بمجموعهما ، واستدل عليه بقول أهل العربية حيث قالوا : « الواو العاطفة » تجعل الاسمين كالاسم الواحد المسمى ، وهذا معارض أيضًا لما ذكروه في المغايرة لما قدمناه .

قلت : والتحقيق في ذلك أن « الواو العاطفة » تجعل الاسمين كالاسم المبني في العطف من بعض الوجوه ، وذلك لا يقتضي الاستقلال ولهذا وقع الترددُ فيه ، والحنثُ لا يقع بالتردد ، فاقتضى ذلك أن لا يقع إلا بأكلهما » إشكالات الوسيط (ق ١٨٨ / ب ، ١٨٩ م أ) .

بتكليمهما جميعا (١) .

اللفظ الثالث : إذا حلف أن لا يأكل الرأسَ ، لم يحنثْ برأس الطير والسمكِ على الظاهر (٢) ، ويحنث برأس البقر والإبل ، فإن (٣) ذلك يؤكل ببعض الأقطار . ورأسُ الظباءِ (٤) لا يحنث بها ؛ لأنها لاتؤكل في سائر الأقطار . وإن كان يعتاد في قطرٍ حنث من حلف بذلك القطر ، وهل يحنث في قطر آخر ؟ فيه وجهان ، مأخذه أنه يرعى أصل

(١) قال ابن الصلاح (رضي الله عنه) : « وقولُه في « الوسيط » : (قالوا : الواوُ العاطفةُ تجعل الاسمين كالاسم الواحد المثنى) قد صحف منه كلمة « المثنى » في أكثر النسخ « بالمسمَّى » وإنما هو بالثاء المثلثة من التثنية . وقد خالف صاحب « التتمة » ما نقله الإمامُ عن الأصحاب فقال في صورة الإثبات : لو قال : والله لأَلبَسَنَّ هذا الثوبَ وهذا الثوبَ ، فهما يمينان ، لكلٍّ واحدةٍ حكمُها ، واحتجَّ بأنه أدخل حرف العطف ، والمعطوفُ غَيْرُ المعطوفِ عليه ، وأَحْسِبُ هذا مِنْ تَصَرُّفِه . وما نقلهَ الإمامُ عن الأصحاب ، هو المعتمد عليه في نقل المذهب ، ويمكن الاعتذارُ للأصحاب عن الإشكال المذكور بأن المقدر ليس بلازم أن يكون كالمحقّق ، ولذلك شواهدُ كثيرةٌ ، منها أن قولَهم : بالله ، تقديرُه على ما عُرف : أَقْسمتُ ، أو أُقْسِم بالله . ومن المعلوم أن قولنا : بالله ، صريحٌ في القسم . وقولنا : أُقسم ، أو أَقْسمتُ بالله ، مُرَدَّدٌ غيرُ صريحٍ في القسم ، ومن ذلك ما نحن فيه أنه لو قال : إن كلمتُكِ ودخلتُ دارَكِ فأنتِ طالق ، لم تَطْلُق إلا بمجموعها كما سبق . والتقدير فيه : إن كلمتك وإن دخلت ...، ولو قال ذلك محققًا فمقطوعٌ بأنه يحنث بأحدهما ، وإنْ فعلَهما طَلُقَتْ طلقتين .

وإذا عَرَفْتَ ما أَصَّلْناه وحقَّقْناه عرفتَ أن ما في « الوسيط » من التسوية بين قوله : « لا آكل هذا الرغيفَ وهذا الرغيفَ » وبين قوله : « لا آكل ولا أكلم زيدًا » : غَيْرُ مَرْضِيٍّ ، فإنه قد كرّر في قوله « لا آكل ولا أكلم » حَرْفَ النفي مع حرف العطف ، وذلك يقتضي كونهما يمينين كما في تكرير حرف الشرط ، وفي كتاب الفوراني وكتاب « البحر » ، و« التهذيب » وغيرِهما : القطعُ بأنه لو قال مثلًا : « لا أُكلِّم زيدًا ولا عمْرًا » فهما يمينان يحنث بكل واحد منهما ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٤/ب وما بعدها) .

(٢) وذلك لأنه يحمل على التي تميز عن الأبدان ، تباع مفردة، وهي رءوس الإبل ، والبقر والغنم . انظر روضة الطالبين (١١/ ٣٧) .

وقال الشافعي (رحمه الله) : وإذا حلف : « لا يأكل الرءوس » فأكل رءوسَ الحيتان ، أو رءوسَ الطير ، أو رءوسَ شيء يخالف رءوس الغنم والإبل والبقر : لم يحنث ، مِنْ قِبَلِ أن الذي يَعرف الناسُ – إذا خوطبوا بأكل الرءوس – إنما هي ما وصَفْنا ، إلا أن يكون بلادٌ ، لها صيدٌ يَكثر ، كما يكثر لحم الأنعام في السوق ، وتُمَيَّزُ رءوسُها ، فيحنث في رءوسها » . مختصر المزني ص (٢٩٦) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لأن » .

(٤) في (ب) : « ورءوس الظباء » .

العادة أو عادة الحالفين ؟ (١) / . وكذا بيض (٢) السمك ، لا يحنث [به] (٣) الحالفُ ٢٨٢/ب
على أكل البيض ؛ لأنه لا يفارق السمكَ ، ويحنث ببيض الأوز والبط والنعامة ، ولا يحنث ببيض العَصافير ؛ فإنه [بالنسبة] (٤) إلى البيضِ كرأسِ الطير بالنسبة إلى الرءوس ، ويجري فيه وَجْهُ صاحبِ « التقريب» بمجرد الاسم . ولو حلف لا يأكل اللحم ، لا يحنث بالشحم ، ويحنث بالسمين ، وهل يحنث بالأَلْيَة ؟ [فيه] (٥) وجهان . وسنامُ البعير كالألية لا كالشحم والسمن . ولا يحنث بتناول الأمعاء والكرش والكبد والطحال والرئة ، وفي القلب وجهان (٦) ، فقيل : يطرد ذلك في الأمعاء ، وهو

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذا حلف لا يأكل الرأس ، لم يحنث برأس الطير والسمك على الظاهر ، ويحنث برأس الإبل والبقر ؛ لأن ذلك يُؤكل ببعض الأقطار ، ورءوسُ الظباءِ لا يحنث بها ؛ لأنها لا تُؤكل في سائر الأقطار ، وإن كان يُعتاد في قطر حنث من حلف بذلك القطر ، وهل يحنث في قطر آخر ؟ فيه وجهان . مَأْخَذُهما : أنه يُراعى أصل العادة ، أو عادة الحالفين ؟) هذا الكلامُ فيه إشكالُ يزول إن شاء الله تعالى ببسطه ، فأقول : لا يحنث على ظاهر المذهب بأكل رءوس الطير والسمك ؛ لأنها لا تُفْرد بالأكل ، ولا يُفهم من ذِكْرِ الرءوس مضافًا إليها ذِكْرُ الأكل في جميع الأقطار . وفيه القول الضعيف المحكيُّ عن صاحب « التقريب » وقد سبق ، ويحنث بأكل رءوس الإبل والبقر ؛ لأنها تُفْرد بالأكل في بعض الأقطار ، ويتناولهما إطلاقُ اسم الرءوس في ذلك في جميع الأقطار ، ولا يختص كاختصاص فِعْلِ الأكل ، ولا يحنث بأكل رءوس الظباء ؛ لأنها لا تُفْرَد بالأكل ، ولا يتناولها إطلاقُ ذلك في جميع الأقطار . فإن طرأ اعتيادٌ لإفراد رءوس الظباء بالأكل في قطر ، أو كان ذلك الآن معتادًا في قطر على خلافِ ما ظَنَنَّاه ، أو كانت رءوسُ غيرها من الوحش تُفْرَد بالأكل في عادة أهل قطر ، فيحنث بذلك أهل ذلك القطر ، وهل يحنث به غيرُهم ؟ فيه وجهان كما في خبز الأرز ، ولم يَجْرِ هذا الخلافُ في رءوس الإبل والبقر ، وإن كان اعتبارُ أكلها مخصوصًا ببعض الأقطار لما قدمناه من أن الاختصاص فيها واقعٌ في الفعل لا في القَوْل ، إذ يتناولها إطلاقُ اسم « الرءوس » في ذلك في جميع الأقطار ، ولا وجود لهذا فيما ذكرناه من صور الخلاف ، فاعْلَمْ ذلك ، فإنّا قد بيّنّا منه ما لا تَجِدُ بيانة في غير هذا الشرح .

وقوله : « سائر الأقطار » استَعْمَلَ فيه « سائر » بمعنى « جميع » وذلك لا يُجَوِّزه أهلُ اللغة وإن شاع في استعمال غيرهم ، وإنما يَجُوز استعمالُه بمعني « الباقي » والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٥/ب وما بعدها) .

(٢) في (ب) : « وكذلك » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (بَ) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) ولايدخل في اللحم القلبُ على الأصح كما في الروضة (١١/٤٠) .

بعيد . ولو حلف على الزبد لم يحنث بالسمن ولا بالعكس ، وفيه وجهٌ أن الزبد سمنٌ ، وليس السمنُ بزبدٍ ، واللبن ليس بزبد ولا سمنٍ ، والمخيض هل هو لبن ؟ فيه وجهان [١] ؛ إذ العربُ قد تُسمي المخيضَ لبنا . ولو حلف على السمن لم يحنث بالأدهان . ولو حلف على الدهن ، ففي الحنث بالسمن ترددٌ . أما « روغن » بالفارسية فيتناولُهما جميعًا . ولو حلف على الجوز حنث بالهندي . ولو حلف على التمر [لم] [٢] يحنث بالهندي . ولو حلف لا يأكل لحم البقر ، حنث ببقر الوحشي [ولو حلف « لا يركب الحمار » فهل يحنث بركوب حمار الوحش ؟] [٣] . ولو حلف أن لا يأكل ، لا يحنث بالشرب ، أو « لا يشرب » لم يحنث بالأكل .

ولو حلف لا يشرب سويقًا ، فصار خاثرًا بحيث يؤكل بالملاعق ، فتحسَّاه ، ففيه تردد . ولو قال : لا آكل السكر [٤] فوضع في الفم [٤] حتى انماع : لم يحنث ، وفيه وجه . ولو حلف لا يأكل العنب والرمان ، فشربَ عصيرهما ، لم يحنث ، فإنْ حلف لا يذوق ، فأدركَ طعْمَه ومَجَّه ولم يبتلع [٥] : ففيه وجهان ، وإن ازدرد [٦] حنث وإنْ لم يُدْرك الطعمَ . لو حلف لا يأكل السمن ، فشرب الذائبَ منه ، لم يحنث ، وإنْ جعلَه في عصيدة ولم يَبْقَ له أثرٌ : لم يحنث [٧] ، [٨] وإن كان ممتازًا منه [٨] حنث ، وقال الإصْطَخْرِي : لا يحنث إذا كان [٩] مع غيره حتى [قال] : لو أكل [١٠] مع الخبز لم يحنث . وهو بعيد ؛ فإنه العادة .

ولو حلف لا يأكل الخل ، فغمس فيه الخبز حنث ، ولو جعله في سكباج نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) أنه لا يحنث ، وقال معظم الأصحاب : أراد إذا لم يظهر

---

(١) قال في الروضة (٤١/١١) : « ويدخل في اللبن لبنُ الأنعام ، والصيد ، والحليب ، والرائب ، والمخيض » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فوضعه في فمه » .

(٥) في (أ) ، (ب) : ولم يبلعه » .

(٦) في (أ) : « وإن ازدرده » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « لا يحنث » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « ولو كان ممتازا عنها » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « إذا أكله » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « لو أكله » .

طَعْمُه ، فإنْ ظهر [طعمه] (١) حنث .

ومنهم من جرى على ظاهر النصِّ ؛ لأن الاسم قد تبدل خلاف السمن المميز (٢) عن العصيدة ، والسمن إذا لم يتميز في العصيدة فهو كالخل في السكباج ، ولو حلف لا يأكل الفاكهة حنث بالرطب [واليابس والعنب والرمان خلافًا لأبي حنيفة إذ قال : لا يحنث] (٣) وفي الحنث بالقثاء تردد (٤) ، وكذا في (٥ اللبوب كَلُبِّ الفستق ٥) .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) ، (ب) : « المتميز » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

وقال ابن الصلاح : « قوله : (وإن حلف لا يأكل الفاكهة ، حنث بالرطب واليابس والعنب ، والرمان ، خلافًا لأبي حنيفة) يعني خلافًا له في العنب والرمان ، وكذا يخالف في الرطب . وتَمسَّك بقوله تعالى : ﴿ فيها فاكهةٌ ونَخْلٌ ورُمّانٌ ﴾ [٦٨ : الرحمن] وبقوله تعالى : ﴿ فأنبتنا فيها حبًّا . وعنبًا وقضبًا وزيتونًا ونخلًا . وحدائق غلبا وفاكهة وأبًا ﴾ [٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ ، ٣٠ ، ٣١ عبس] والعطفُ يقتضي المغايرةَ ، وهذا مردودٌ عند أهل اللغةِ . والعطفُ في ذلك للتخصيص والتفصيل كما في قوله تبارك وتعالى : ﴿ حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى ﴾ [البقرة : ٢٣٨] وقوله تبارك وتعالى : ﴿ من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال ﴾ [البقرة : ٩٨] ونُقِلَ عن الخليل بن أحمد أنه قال : الفاكهةُ : الثمارُ كلُّها . وماذكره صاحب الكتاب من التسوية بين الرطب واليابس ، هو المقطوعُ به في « النهاية » وتعليق القاضي حسين و « التهذيب » وغيرهما ، وفيها القطعُ بأن اسم الثمار لا تُحْمل مطلقةً على اليابس منها ، وفي كتاب « التتمة » القطع بأن اسم الفاكهة كذلك لا يتناول اليابسَ ، وأحسن صاحب « الحاوي » فذكر أن اليابس منها على ضربين :

(أحدهما) ما ينتقل عن اسمه بعد تَيَبُّسِه كالرطب يُسَمَّى بعد جفافه تمرًا ، وكالعنب يُسمى بعد جفافه زبيبًا ، ولا يحنث بأكله وقد خَرَج عن الفاكهة بزواله عن اسمه .

(والضرب الثاني) : ما لايَنْتقل عن اسمه بعد جفافه ، كالتين والخوخ والمشمش ، ففي حنثه به وجهان :

أحدهما : يحنث ؛ لبقاءِ اسمه .

والثاني : لا يحنث ؛ لانتقاله عن صفته والله أعلم .

ووقع هاهنا (وفي الحنث في القثاء تردُّدٌ) وصوابه ما في « الوجيز » و « البسيط » و « النهاية » وغيرها أنه لا يحنث بالقثاء ، وفي البطيخ تردد وهو وجهان ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٦/ب) .

(٤) والأصح أنه لا يحنث بالقثاء كما في الروضة (٤٣/١١) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وكذا في قلب اللوز ولُبِّ الفستق » .

وقال في الروضة (٤٤/١١) : « والأصح أنه يحنث بها ؛ لأنه يُعَدّ من يابس الفاكهة » .

فرع : لو حلف لايأكل البيض ، ثم انتهى إلى رجل ، فقال : والله لآكلنَّ ممّا في كمك ، فإذا هو بيضٌ ، فقد سُئل القفال (رحمه الله) عن هذه المسألة ، وهو على الكرسي ، فلم يَحْضُرْه الجوابُ ، فقال المسعودي - وهو تلميذُه [1] - : يتخذ منه الناطف ويأكل ، فيكون قد أكل مما في كمه ولم يأكل البيضَ ، [2] فاسْتُحْسن منه ذلك [2] .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « فقال المسعودي تلميذه » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فاسْتحْسن ذلك منه » .

وقال ابن الصلاح : « قوله : (فقال المسعودي تلميذه) هذا قاله بعد نزول شيخه عن كرسي الوعظ ، وذلك هو اللائق بالأدب » . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ١٧٦/ب) .

النوع الثالث

في ألفاظ العقود

فإذا حلف لا يأكل طعامًا اشتراه فلانٌ ، (١ لا يحنث بما مَلَكه مِنْ وصيةٍ ، وهبةٍ ، وإجارة ١) ، أو رَجَع إليه بإقالةٍ ، ورَدٍّ عيبٍ (٢) ، أو قسمة ؛ نظرًا إلى اللفظ ، ويحنث بالسَّلَم (٣) . وفيما ملك بالصلح عن الدَّيْنِ تردُّدٌ (٤) . ولو قال : لا أدخل دارًا اشترى فلانٌ بعضَها ، فأخذه بالشُّفْعة ، لم يحنث ، وما ملكه (٥) بلفظ الاشتراك والتولية ، فهو شراء . ولو قال :ما اشتراه زيدٌ ، فاشترك (٦) زيدٌ وعمرو ، فالمشهورُ من المذهبِ : أنه لا يحنث ؛ لأن الشراء غيرُ مضافٍ إلى أحدهما على الخصوص ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يحنث (٧) .

ولو اشترى زيدٌ وخلط بما اشتراه غيرُه : حنث إذا أكل من المختلط .

اللفظ الثاني : إذا قال : لا أشترى ولا أتزوج ، فوكَّل : لم يحنث ، كما لو وكّلَ بالضرب إلا أنْ يحلف على ما لا يَقْدر عليه ، كقوله : لا أبني بيتًا ، وهو ليس ببنَّاء ، أو قال الأمير (٨) : لا

---

(١) في (أ) ، (ب) : « لم يحنث بما يملكه من وصية ، أو هبة ، أو إجارة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أو رُدَّ بعيب » .

(٣) وذلك أنه نوع من أنواع البيوع الجائزة . وحدُّه في الشرع : عقد على موصوف في الذمة ، مؤجل ، بثمن مقبوض في مجلس العقد . انظر المطلع على أبواب المقنع ص (٢٤٥) .

(٤) والصحيح أنه لا يحنث به . انظر الروضة (٤٦/١١) والغاية القصوى (٩٩٩/٢) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وما ملك » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فاشترى » .

(٧) **مذهب الشافعية** : أنه إذا حلف لا يأكل طعامًا اشتراه زيد ، فأكل مما اشتراه زيدٌ وبكر : أنه لا يحنث بذلك . انظر الأم (٧٢/٧) . مختصر المزني ص (٢٩٤) . روضة الطالبين (٤٦/١١) . حلية العلماء (٢٩٧/٧) . رحمة الأمة (٢٣٨) .

ومذهب أبي حنيفة : أنه يحنث . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : القوانين الفقهية ص (١٦٨) . المغني (٧٨٠/٨) .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (إلا أن يحلف على مالا يقدر عليه ، كقوله : لا أبني بيتًا وهو ليس ببنَّاء ، أو قال الأمير : لا أضرب) ينبغى أن يجعل قوله : (أو قال الأمير) عطفًا على قوله في أول الكلام « إلا أن يحلف » فهو جائز ، وإن كان قوله : (يحلف) مستقبلًا وقوله : (قال) ماضيا والله أعلم » . المشكل (جـ ٢ ق ١٧٦/ب) .

أَضربُ ، فأمر الجلادَ ، فقد خرَّجَ الربيعُ فيه قولًا ، أنه يحنث . وظاهرُ المذهبِ : أنه لا يحنث ، ويتبع اللفظ إذا لم تكن نيةٌ .

أما إذا توكَّلَ في هذه العقود ، فإنْ أضاف إلى الموكِّل : لم يحنَث ، والنكاحُ يجب إضافتُه . فلا يحنث فيه الوكيلُ ولا الموكِّلُ . ولو [١] حلفا جميعًا ، فإنْ أطلقَ الوكيلُ الشراءَ من غير إضافةٍ ، فالمشهورُ : أنه يحنث ؛ لأنه يُنَاقِضُ قولَه : لا أشتري ، وخَرَّجَ القاضي وجهًا [٢] / أنه لا يحنث ؛ ٢٨٣/أ لانصرافِ العقدِ إلى غيره . ولو قال [٣] : لا أُزَوِّجُ ، فوكَّلَ بالتزويج حنث [٤] ؛ لأنَّ الوليَّ أيضا كالوكيل . ولو قال : لا أُكلِّم زوجةَ زيدٍ ، حنث بمكالمة امرأةٍ قَبِلَ نكاحَها وكيلُ زيدٍ ، ولو قال : لا أُكلم عبدًا اشتراه زيدٌ ، فاشترى وكيلُه : لم يحنث بمكالمته ، ولو قال : لا أُكلم امرأةً تزوَّجَها زيدٌ ، فَقَبِلَ وكيلُه ، فالقياسُ : أنه لا يحنث كما في الشراء ، وقال الصيدلاني : إنه يحنث ، وهو تشوُّفٌ إلى مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) في أنَّ منْ تزوج بالتوكيل حنث في يمين التزوُّج [٥] .

اللفظ الثالث : لو قال : لا أبيع الخمر فباعَهُ [٦] : لم يحنث ؛ لأنَّ ذلك صورةُ البيع ، وبَيْعُ الخمرِ محالٌ ، فهو كصعود السماء ، وقال المزني (رحمه الله) : يحنث ويُحْمل هذا على صورة البيع بخلاف ما لو أطلق وقال : لا أبيع ، فإنه لا يحنث بالفاسد ، والمذهبُ أنه لا يحنث .

---

(١) في (ب) : « فإن » .

(٢) كلمة : « وجه » ليست في (ب)

(٣) في (أ) ، (ب) : « وإن قال » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فوكل في التزويج حنث » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (لو قال : لا أكلم امرأةً تزوجها زيدٌ ، فقبِلَ له وكيلُه ، فالقياسُ أنه لا يحنث ، كما في الشراء . وقال الصيدلاني : يحنث ، وهو تشوُّفٌ إلى مذهب أبي حنيفة في أن من تزوَّج بالتوكيل حنث في يمين التزوج) مذهبُ أبي حنيفة أنه إذا حلف لا يتزوج فوكَّل : حنث ، ولو حلف « لا يشتري » فوكَّل لم يحنث . ووافقه بعضُ أصحابنا .

والفرقُ أن الوكيل في التزويج يُضيف العقدَ إلى الموكِّل ، وكأن الموكّل بمنزلة العاقد بخلاف الشراء ، والصيدلاني لم يتشوَّفْ إلى موافقته على الفرق في هذا ، بل وافق الأصحابَ على عدم الفرق في ذلك فيما نقله عنه الإمامُ أبو المعالي في « نهايته » وإنما فرّق بين الشراء والتزوج فيما إذا قال : لا أُكَلِّم عبدًا اشتراه زيد . وأما إذا قال : لا أكلم امرأةً تزوجها زيدٌ فلم يَقُلْ بالحنث في العبد ، وقال به في الزوجة . وقطع الإمامُ بخطئه على المذهب ومناقضته ، وحكى اتفاقَ الأصحاب على عدم الحنث في مسألة الزوجة أيضًا » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٦/ب وما بعدها)

(٦) في (أ) ، (ب) : « فباعها » .

وكذلك إذا قال الزوج : لا أَبيعُ مالَ زوجتي بغير إذنها ، ثم باع بغير إذنها ، لم يحنث . لأنه ليس ببيع وإنما حلف على محال .

اللفظ الرابع : إذا حلف لايهب منه ، فتصدَّق عليه : حنث ، ويحنث بالرُّقْبَى والعُمْرَى (١) ، ولا يحنث بالوقْف إن قلنا : لا يملك الموقوف عليه ، وإن قلنا : يملك ، حنث ، وفيه احتمالٌ . ولا يحنث بتقديم الطعام إليه بالضيافة ، ولا يحنث بالهبة (٢) من غير قبوله ، وهل يحنث قبل الإقباض ؟ فيه وجهان ، وقال ابن سريج : يحنث من غير قبوله ؛ (٣ إذ يقول : وهبت فلم يقبل ٣) ، ويلزمُه طردُ ذلك في جميع العقود . وإن قال : لا أَتصدَّق عليه ، لم يحنثْ بالهبة منه ؛ إذ حَلَّتِ الهبةُ لرسول اللهِ ﷺ دون الصدقة (٤) ، وفيه وجه أنه يحنث . ولو حلف [أنه] (٥) لامالَ له ، حنث بمالٍ لا تجب فيه الزكاةُ خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) (٦) .

ويحنث بالدَّيْن المؤجّل والمعجّل ، (٧ كان على موسر أو مُعْسِر ٧) . والآبقُ مالٌ (٨) ، وكذا

(١) الرقبى : هبةٌ ترجع إلى المُرْقِب إن مات المُرْقَب . وهو أن يقول لآخر : أرقبتُك داري - مثلًا - وجعلتُها لك طيلةَ حياتك ، فإن متَّ قبلي رجع إليّ ، وإن متُّ قبلك ، رجعتْ إليك ولعقبِك .

والرقبى - عند أبي حنيفة ومحمد - عريةٌ في يد المرْقَب يأخذها المرقِبُ متى شاء . وأبطلها الإمام مالك . وقال أبو يوسف والشافعية والحنابلة : إذا قبضها فهي هبةٌ ، وقولُه : « رقبى » باطلٌ . واستدلوا بحديث « لا عُمْرَى ولا رُقْبَى ، فمن أُعْمِرَ شيئًا أو أُرْقِبَه فهو له حياتَه ومماتَه » .

والعمرى : وهي بضم العين ، نوعٌ من الهبة أيضًا ، مأخوذ من العُمُر ، يقال : أعمرتُه الدارَ عُمْرَي ، أي : جعلتها له يسكنها مدةَ عمره ، فإذا مات ، عادتْ إليَّ ، وكانوا يفعلون ذلك في الجاهلية ، فأبطل ذلك النبيُّ ﷺ وأعلمهم أن من أُعْمِرَ شيئًا فهو له ولورثته من بعده . فيكون التمليك صحيحًا والتوقيتُ باطلًا .

وأجازها المالكيةُ بالتوقيت مدة الحياة ، فإذا مات المعْمَرُ له ، رجعتْ إلى المُعْمِر . وقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد : لا تعود إليه أبدًا ؛ لأنها خرجتْ عن ملكه . انظر : القوانين الفقهية ص (٣٧٧) . المطلع على أبواب المقنع ص (٩٠) أنيس الفقهاء ص (٢٥٦ وما بعدها) . الفقه الإسلامي (٥/١٠ - ١٢) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بهبته » .

(٣) في (ب) : « إذ يقال : وهبته فلم يقبل » .

(٤) انظر صحيح البخاري (٤١٤/٣) مع الفتح ، حديث (١٤٩١) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) انظر الدر المختار (٨٤٨/٣) .

(٧) في (ب) : « كان على معسر أو موسر » .

(٨) يعني العبد الهارب من خدمة سيده .

المدبَّر ، وفي أم الولد وجهان [1] ، وفي المكاتب وجهان مرتبان ، وأولى بأن لا يكون مالًا ؛ لاستقلالِه بنفسه .

والمنافعُ ليس بمالٍ في اليمين ، حتى لو ملك منفعةَ دارٍ بالإجارة : لم يحنث ؛ لأنه يُرَاد به الأعيان .

* * *

(١) والأصح أنه يحنث فيها . انظر الروضة (٥٢/١١) .

النوع الرابع
في الإضافات

وفيها ألفاظ :

الأول : إذا قال : لا أَدخل دارَ فلانٍ ، (١ فدخل ما يملكه ١) ولا يَسْكنه : حنث ، ولو دخل ما يَسْكنه عاريَّةً (٢) لم يحنث . (٣ فمطلقُ الإضافةِ للملك ٣) . ولو قال : لا أسكن مسكنَ فلانٍ ، حنث بما يسكنه عاريَّةً ، وهل يحنث بمسكنه المغصوب ؟ فيه وجهان (٤) . وهل يحنث بما يملكه ولا يَسْكنه ؟ ثلاثةُ أوجُهٍ (٥) ، وفي الثالث أنه يحنث إنْ سكَنَه مرةً ولو ساعةً . ولو قال : لا أدخل دارَ زيدٍ هذه ، فباعها ، ثم دخل حنث في الأظهر ؛ تغليبًا للإشارة . وفيه وجه ، وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) أنه لا يحنث ؛ للإضافةِ المقرونة بالإشارة ، ولم توجد إلا إحداهما . ولو قال : لا أدخل [من] (٦) هذا الباب ، فَحُوِّل البابُ إلى منفذٍ آخر ، فبأيِّهما يحنث ؟ فيه ثلاثةُ أوجهٍ (٧) :

أحدها : أنه يحنث بدخولِ هذا المنفذ وإن لم يكن عليه بابٌ .

والثاني : أنه يحنث بدخول المنفذِ الذي عليه الباب .

والثالث : أنه لا يحنث بواحدٍ منهما فلابُدَّ من اجتماعها .

فلو قال : لا أَدخل بابَ هذه الدارِ ، ولم يُشِرْ إلى بابٍ ومنفذٍ ، فَفُتِحَ للدار بابٌ جديد ، فعلى

---

(١) في (ب) : « فدخل دارًا يملكه » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بعارية » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لأن المطلق للملك » .

(٤) وأصح هذين الوجهين أنه يحنث . انظر الروضة (٥٤/١١) .

(٥) وأصح هذه الأوجه أنه لا يحنث . انظر الروضة (٥٤/١١) .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) والأصح أن اليمين تحمل على المنفذ الأول ؛ لأنه المحتاج إليه في الدخول ، فإن دخل منه حنث . وإن دخل من المنفذ المحوّل إليه ، لم يحنث . انظر الروضة (٥٥/١١) .

وجه : يحنث [به و](١) بأيِّ باب كان (٢) ، وعلى وجه : يُنَزَّل على الموجود وقت اليمين . ولو قال : لا أركب دابة ذلك العبد ، لا يحنث بما هو منسوبٌ إليه ، (٣ إذا لم يملكه إذا قلنا : إنه يَمْلك بالتمليك ٣) . ولو قال : لا أركب سَرْجَ هذه الدابة ولا أبيع جُلَّها ، حنث بالمنسوب إليها (٤) ، إلا أن (٥) الملك للدابة غير متوقَّع ، فيُحْمل على النسبة . ولو قال : لا ألبس مامنَّ به فلانٌ عليّ ، حنث بما وهَبَه في الماضي لا بما يهب في المستقبل ؛ لأن اللفظ للماضي . ولو قال : بما يَمُنُّ به فلانٌ ، لم يحنث بما وهب من قبل ، ويحنث بما سيهبه . ثم سبيلُه أن يبدل بثوب آخر يبيعه ، ولو باعه ثوبًا بمحاباة ، لم يحنث به ، لأنه مامَنّ بالثوب ، بل مَنَّ بالثمن . ولو قال : لا أَلبس ثوبًا ، فارتدى به أو اتَّزَر ، حنث ، وكذلك لو ارتدى بسراويل ، واتزر (٦) بقميص ؛ لتحقق اسمِ اللبس والثوب . ولو طواه ووضَعَه على رأسه لم يحنث ؛ لأنه حملٌ وليس بلبسٍ . ولو فرش (٧) ورقد عليه لم يحنث ، ولو تدثَّر به ففيه ترددٌ ، ولو قال : لا ألبس قميصًا ، فارتدى به ففيه وجهان (٨) ؛ لأن ذكر القميص يُشْعِر بلبسه كما يلبس القميص . ولو فتق واتزر به ، يجب القطعُ بأنه لا يحنث ؛ لأنه في الحال غَيْرُ قميص ، ولو قال : لا ألبس / هذا القميصَ ، فوجهان ، وأولى بأن يحنث ، حتى يجري الخلاف وإن فتقه وارتدى به ؛ تغليبًا للإشارة ، على وجه . ولو قال : لا ألبس هذا الثوبَ ، وهو قميصٌ – عند ذكره – ففتقه وارتدى به ، فوجهان ، وأولى بالحنث . ولو قال : لا أُكلّم هذا ، وأشار إلى عبدٍ ، وعَتَقَ وكَلَّمه ، حنث . وإن قال : لا أُكلم هذا العبدَ ، ففي كلامه بعد العتق وجهان ؛ لاختلافِ الإشارة والاسمِ . ولو قال (٩) : لا آكل لحمَ هذا ، وكانت سَخْلَةً (١٠) ، فكبرت وأكل ، حنث . ولو قال : لا آكل لحم هذه السَّخْلة ، فكبرت فوجهان ، وكذلك الرطب ٢٨٣/ب

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٥٦/١١) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « إذ لا ملك للعبد إذا قلنا : لا يملك بالتمليك » .

(٤) في (ب) : « حنث بما ينسب إليها » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لأن » .

(٦) في (ب) : « أو اتزر » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « ولو فرشه » .

(٨) والأصح أنه يحنث .

(٩) في (أ) ، (ب) : « ولو حلف » .

(١٠) السَّخْلة : اسمٌ لولد الغنم من الضأن و المعز ساعة وضعِه ، ذكرًا كان أو أنثى .

إذا جفَّ ، والحنطة إذا تغيَّرتْ . ومن الأصحاب من قال : لايحنث في الحنطة أو ما تغيرت بالصنعة ، بخلاف السَّخلة والرطب ؛ فإنَّ تَغَيُّرَه بالخِلْقة . ولو أشار إلى سخلة ، وقال : لا آكل لحم هذه البقرة ، حنث بأكلها ؛ تغليبًا للإشارة ، وفي مثله في البيع خلافٌ ؛ لأن في العقود تعبداتٍ تُوجِبُ ملاحظةَ النَّظْم في العبارة . ولو قال : لا ألبس مما غزلتْه فلانةٌ ، يُحْمل على ما غزلتْه في الماضي . ولو قال : مِنْ غزلها ، عَمَّ الماضيَ والمستقبلَ . ولو خِيطَ ثوبُه بغَزْلها ، لم يحنث إذِ الخيطُ غيرُ ملبوسٍ ، ولو كان السَّدَى من غزلها ، واللُّحمة من غزلِ غيرها [١] فالمشهورُ : أنه لا يحنث ؛ لأن اسمَ الثوبِ لا يتناول بعضَ الغزل ، واسمُ اللبسِ يتناولُ الثوبَ ، قال الإمام : وهذا يقتضي أن يقال : لو حلف لايلبس مِنْ غزلِ نسوته ، [٢] فَنَسَجَ ثوبا واحدًا [٢] من غزلهن ، لا يحنث ، وهو بعيد [٣] ، وإنما يتجه هذا إذا قال : لا أَلبسُ ثوبًا من غزلِ فلانة ؛ فإن البعضَ ليس بثوبٍ . أما إذا قال : لا ألبس من غزل فلانة ، فهذا فيه غزلُها ، فلا يبعد أن يحنث . ولو حلف لا تَخْرجُ امرأتُه بغير إذنه ، ثم أَذِنَ لها بحيث لم تسمع ، ففي الحنث إذا خرجتْ وجهان ، مأخذُهما التردد في حدِّ الإذن ؛ إذ يحتمل أن يقال : [٤] شَرْطُه استماعُ المأذون فيه [٤] ويحتمل أن يقال : أراد بالإذن الرضا ، وقد رَضِيَ ، ونطق به ، والمشكل أن الشافعي (رضي الله عنه) قد نصَّ أنها لو خرجت مرةً بإذنه [٥] انحلَّ اليمينُ ، ولو خرجتْ بعد ذلك بغير إذنٍ [٦] لم يحنث ، بخلاف ما إذا قال : إنْ خرجتِ بغير خُفٍّ فأنت طالقٌ ، فخرجتْ بخفٍّ ، ثم خرجتْ بغير خفٍّ ، يحنث . ومن أصحابنا من خَرَّجَ وجها ، أنه لا تنحلّ اليمين بالخروج بالإذن أيضا ، وهو مذهبُ أبي حنيفة (رحمه الله) [٧] وهو منقاس ولكنه خلافُ النصِّ ، والفرقُ أن مقصودَ الزوجِ في مثله إلزامُها التحذُّرَ ، وإذا أذن في الخروج مرةً ، فقد رفع ذلك التحذُّرَ بنفسه ؛ فخروجُها - بعد ذلك - لا يتناوله اليمينُ .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « واللحمة من غير غزلها » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فَنُسِج ثوبٌ واحد » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وهذا بعيد » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « شرطه سماع الإذن » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « بإذنه مرةً » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « بغير إذنه » .

(٧) انظر ملتقى الأبحر (٣٢١/١) .

النوع الخامس

في الحلف على الكلام

فلو قال : والله لا أُكلمكَ تَنَحَّ عنِّي ، حنث بقوله : تَنَحَّ عنِّي ، وكذلك بكلٍّ ما يذكره بعد اليمين مِنْ زجرٍ وإبعادٍ وشتمٍ . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يحنث .

ولو كاتبَه لم يحنث . فلو رمز بإشارةٍ مُفْهِمةٍ ، فالجديدُ : أنه لا يحنث [١] ، وكذلك إنْ خَرِسَ وأشارَ إليه [٢] ؛ لأنَّ إشارته ليست بكلامٍ في اللغة ، وإنما أُعطي [٣] حُكْم الكلامِ لضرورة المعاملة . ولو حلف على مُهَاجَرَتِه ففي مكاتبته تردُّد ، من حيث إنها ضدُّ المهاجرة ، ولكنِ المُهَاجَرَةُ المحرَّمةُ لا ترتفع بها [٤] . ولو قال : لا أَتكلم ، فقرأ القرآنَ وسَبَّحَ وهَلَّلَ ، لم يحنث ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يحنث ، كما لو ردَّد شعرًا مع نفسه ، فإنه يحنث عندنا أيضًا ، وماذكره لا يخلو عن احتمال [٥] .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله في اليمين على الكلام : (لو كاتبه لم يحنث ولو رمز بإشارةٍ مُفْهِمة ، فالجديدُ : أنه لا يحنث) محلُّ القولين – القديم والجديد – إنما هو إذا كاتبه أو راسلَه .وأضاف إليه أصحابُنا الإشارةَ فخرجوها على القولين والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٧/ب) .

(٢) قوله : « وأشار إليه » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وإنما أعطيت » .

(٤) قال الإمام النووي : « والأصح أنه لا يزول التحريم بالمكاتبة والمراسلة » . الروضة (١١/٦٤) .

(٥) **مذهب الشافعية** : أنه إذا حلف « لا يتكلم » حنث بترديد الشعر مع نفسه ؛ لأن الشعر كلام ، ولا يحنث بالتسبيح والتهليل والتكبير والدعاء ؛ لأن اسم الكلام – عند الإطلاق – ينصرف إلى كلام الآدميين في محاورتهم ، ولا يحنث بقراءة القرآن . وهذا مذهب المالكية والحنابلة أيضًا .

انظر : الروضة (١١/٦٥) . الغاية القصوى (٢/٩٩٨) . حلية العلماء (٧/٢٨٢) . رحمة الأمة ص (٢٣٦) . المقنع ص (٣٢٠) . المبدع (٩/٣١٠) . المغني (٨/٨٢٢) .

ومذهب الحنفية : أن من حلف « لا يتكلم » فقرأ القرآن في صلاته لا يحنث ، وإن قرأ في غير صلاته : حنث . انظر : مختصر الطحاوي ص (٣١٢) . الهداية (٢/٣٦٩) . فتح القدير (٥/١٤٦) . ملتقى الأبحر (١/٣٢٣) . الدر المختار (٣/٧٩٤) .

ولو قال : لَأُثْنِيَنَّ على الله أحسنَ الثناء [١] ، فالبِرُّ أن يقول : لا أُحصي ثناءً عليك أنتَ كما أثنيتَ على نفسك .

ولو قال : لَأَحمَدَنَّ الله بمجامعِ الحمد ، فَلْيقُلْ ما علَّمَه جبريلُ (عليه السلام) آدمَ (عليه السلام) : الحمدُ لله حَمْدًا يُوافي نِعَمَه ، ويُكَافِيء مَزيده [٢] .

ولو قال : والله لا أُصلي ، حنث كما يُحْرِمُ بالصلاة وإن أفْسَدها بعد ذلك ، ومنهم من قال : مالم يَفْرغ من صلاة صحيحةٍ لا يحنث ، لكن هل يتبين استنادُ الحنث إلى أولِ الصلاة ؟ فيه وجهان [٣] ، وكذا الخلاف في الصوم ، ولمن حلف [٤] لا يحج حنث بالحج الفاسد ؛ لأنه منعقدٌ ، بخلاف البيع الفاسد .

* * *

---

(١) في (ب) : « بأحسن الثناء » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإن قال : لأحمدَنَّ الله بمجامع الحمد ، فَلْيقل ما علَّمه جبريلُ آدمَ (عليهما السلام) : الحمد لله حمدًا يُوَافي نِعَمَه ، ويُكَافيء مزيدَه) هذا فرعٌ ذكرَه غيرُ واحدٍ من أصحابنا الخراسانيين المتأخرين ، وفيه نظرٌ ، وله مُسْتندٌ ضعيفُ الإسناد غير متصل رويناه عن محمد بن النضر قال : قال آدم (صلوات الله عليه) : يارب شَغَلْتني بكسْبِ يدي ، فعلِّمْني شيئًا فيه مجامع الحمد والتسبيح . فأَوْحَى الله تعالى إليه « يا آدم إذا أصبحتَ ، فَقُلْ ثلاثًا ، وإذا أمسيتَ فَقُلْ ثلاثًا : الحمدُ لله رب العالمين حمدًا يُوَافي نعمَه ويكافيء مَزِيدَه ، فذلك مجامعُ الحمدِ والتسبيح .

والحمد يتضمن التسبيح ؛ فإن الحمد يُطْلق على مطلق الثناء ، وقد قال سبحانه وتعالى : ﴿ يُسَبِّحُونَ بِحَمْدِ ربِّهِمْ ﴾ [غافر : ٧] وقوله : يُوَافي نعمَه ، أي يلاقي نعمه ، أي يَسْتَجْلِبها ، فتحصل معه . وقولُه : « ويكافيء مزيده » أي يساوي مزيد النعم والإحسان الذي يقتضيه الشكرُ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٧/ب) .

(٣) والأصح أنه يحنث عند تحريمه بالصلاة . انظر الروضة (٦٦/١١) .

(٤) في (ب) : « وإن حلف » .

النوع السادس

(1)وهو تقديم البرِّ وتأخيره (1)

وفيه ألفاظ :

الأول : إذا قال : لآكلن (2) هذا الطعامَ غدًا ، فإن أكل الطعام قبل الغد : حنث ؛ لأنه فَوَّتَ البِرَّ باختياره ، وكذلك إذا أكل البعضَ (3) ، لأن البر يحصل بأكلِ جميعِه ، لكنِ الكفارةُ تلزمه في الوقت أو غدًا ؟ (4) فيه خلاف (5) . ولو تلف الطعامُ قبل مجيء الغد (6) بغير اختياره ، ففي الحنث خلافٌ يلتفت على الإكراه والنسيان في الحنث ، وسيأتي [إن شاء الله تعالى] (7) . ولو أتلفه في أثناء الغد ، أو مات الحالفُ ، وقد بقي من الغد بقيةٌ ، ففيه وجهان يلتفتان على أن من مات في أثناء وقت الصلاة ، هل يَعْصِي بترك المبادرة ؟ والصحيحُ أنه لا يَعْصي ؛ لأنَّ الوقت فُسْحَةُ التأخير ، والصحيحُ أنه يحنث ؛ لأنه فَوَّتَ البِرَّ مع إمكانه ، وكذلك لو فات مهما / قلنا : ٢٤٨/أ

---

(1) في (أ) ، (ب) : « في تقديم البر وتأخيره » .

(2) في الأصل « لا آكل » وهو خطأ بين ، والصواب ما في (أ) ، (ب) وهو المثبت .

(3) في (أ) ، (ب) : « إذا أكل بعضه » .

(4) في (أ) ، (ب) : « أو في غده » .

(5) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا حلف ليأكلن هذا الطعام غدًا : (فإن أكل الطعام قبل الغد حنث ، لكن الكفارة تلزمه في الوقت أو غدًا ؟ فيه خلافٌ) هذا يُوهِمُ القطعَ بتقديم الحنث في الوقت ، وأجرى الخلافَ في تأخيره لزوم الكفارة إلى غدٍ ، وليس كذلك قطعًا ، بل وجوبُ الكفارة يُلازِم وجودَ الحنث . والمذكورُ في غير هذا الكتاب « هل يحنث في الوقت أو في غد ؟ فيه خلافٌ » فأقول : قولُه أولًا : (حنث) المرادُ به إثباتُ حنثه على الجملة من غير تعرُّضٍ لوقته ، ثم ذكر الخلاف في وقت الحنث مُعَبِّرًا عنه بلزوم الكفارة لتلازمها ، فاعلم ذلك ، والله أعلم » المشكل (جـ٢ ق ١٧٨/أ) .

قلت : وفائدة هذا الخلاف تظهر فيما إذا كان معسرًا يكفر بالصيام ، جاز له أن ينوي صوم الغد عن كفارته ، على القول بأنه يحنث قبل الغد . انظر الروضة (٦٧/١١) .

(6) في الأصل « قبل مضي الغد » ، والصواب « مجيء الغد » وهو ما في (ب) وهو المثبت .

(7) زيادة من (أ) ، (ب) .

إن الحنث يحصل بغير اختياره (١) .

[اللفظ الثاني] : (٢) لو قال : لأَقضِينَّ حقَّكَ غدًا ، فمات المستحِقُّ ، فالوفاءُ ممكِنٌ بالتسليم إلى الورثة . وإن مات الحالف - سواء مات قبل الغد أو بعده - فهو كفواتِ الطعام ، فإن قلنا : يحنث ، ففي موتِه قبل الغدِ نظرٌ ؛ لأن وقت الحنث ، إنما يدخل وهو ميت ، ولكن لا يبعد أن يحنث وهو ميت (٣ مهما سبقَ اليمينُ التي هي السبب في حال الحياة ٣) ، كما لو حفر بئرًا ، فتردَّى [فيها] (٤) بعد موته إنسانٌ ، (٥ إذ يلزمه الكفارة ، والضمانُ في ماله ٥) .

[اللفظ الثالث] : (٦) لو قال : لأقضين حقك عند رأس الهلال ، فلو قضى قبله فقد فوَّتَ البر ، فيحنث ، ولو قضى بعده فكذلك ، فينبغي أن يترصَّد ، ويُحْضِر المالَ لِيُسَلِّم (٧) عند الاستهلال لا قبلَه ولا بعدَه ، وهذا يكاد يكون محالًا ؛ إذ لا يَقْدر عليه (٨) ، فإمَّا أن يَتَسَامح (٩)

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا تلف الطعام ، أو مات الحالف في أثناء الغد بعد مُضِيّ زمانِ الإمكان : الصحيح أنه يحنث ؛ لأنه فوَّت البِرَّ مع إمكانه : (وكذلك لوفات مهما قلنا : إن الحنث يحصل بغير اختياره) هذا مشكلٌ من حيث إنه فرض الكلام أولًا فيما إذا فات ، ثم قال : (وكذلك لوفات) وشَرْحُه : أن الفوات الأول هو فوات الطعام أو الحالف ، والفوات الثاني هو فوات البِرّ ، ومقصودُه بهذا الكلام إثباتُ الحنث ، سواء كان ذلك تفويتًا للبر أو فواتًا .

فإن كان تفويتًا فعلى القولين معًا . وإن كان فواتًا فَعَلَى قولنا : يحصل الحنث بغير اختياره ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٨/أ وما بعدها) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « مهما سبق الحلف الذي هو سبب في حال الحياة » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « إذ يلزمه الضمان والكفارة في ماله » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « ليسلمه » .

(٨) قال ابن الصلاح : « ما ادَّعاه فيما إذا حلف « لأقضينَّه حقَّه عند رأسِ الهلال » من كون ذلك محالًا : ليس على وجهه ؛ فإنه يتصور أن يُصَادف بذلك رأسَ الهلال مصادفةً وإن تعسَّرَت مراصدتُه ، والعرفُ والعُشرُ كافيان في الحكم في الاكتفاء بالممكن من مقارنة رأس الهلال والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٨/ب) .

(٩) في (ب) : « يسامح » .

فيه ، ويقنع بالممكن ، أو يقال : الْتزمَ محالًا فيحنث بكلٍّ حالٍ ، ولا ذاهبَ إليه ، ولكن قال بعض الأصحاب : له فُسْحةٌ في تلك الليلة واليوم الأول ؛ فإن هذا في العادة يُسَمَّى أولَ الهلال ، وهو بعيد .

[اللفظ الرابع] : (١) لو قال : لأَقضين حقَّك إلى حين ، فهذا ينبسط على العمر ، ولا يتقدَّرُ وقْتُه . ولو قال : إذا مضى حينٌ فأنتِ طالق ، نصَّ الشافعيُّ (رضي الله عنه) أنها تطلق بعد لحظة ، وهذا في جانب الطلاق ممكنٌ (٢) ، وغايةُ تعليلِه : أن الاسم ينطلق على لحظة ، وهو تعليق ، فيتعلَّق بأولِ ما يُسَمَّى حينا ، أما إذا قال : لأقضين حقَّك إلى حين ، فهذا وَعْدٌ فلا يتعلق بأول اسم (٣) .

* * *

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (لأُقضين حقك إلى حين ، فهذا ينبسط على العمر . ولو قال : إذا مَضَى حينٌ فأنت طالق ، تطلق بعد لحظة وهذا في جانب الطلاق ممكن) معناه : وهذا الانبساط على العمر في مسألة الطلاق ممكن . وما ذكره من الفَرْق غَيْرُ واضحٍ ، وإيضاحُه : أن المفهوم في عرف أهل اللسان من قوله : لأفعلن كذا إلى حين : الاسترسالُ على جميع العمر ، والمفهومُ من قوله : إذا مضى حينٌ فأنت طالق ، الاكتفاءُ في ذلك بلحظةٍ ، وأما الإلزام بأنه إذا قال : والله لأقضينك حقك إذا مضى حين ، فإنه ينبسط على جميع العمر ، فهذا غَيْرُ مُسَلَّمٍ ، بل يتعلق البر فيه بلحظة كما في مسألة الطلاق ، وهذا ما ذكره الإمامُ في أول كلامه ، ولكنّه أورد بعده سؤالًا يَتضمَّنُ القولَ بانبساطه على جميع العمر ، ووقع هذا في « البسيط » منسوبًا إلى الأصحاب ، ولا يَصحُّ ذلك ولا يُعْرف ، وكأنه سَهْوٌ والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٨/ب وما بعدها)

(٣) في (أ) ، (ب) : « بأول الاسم » .

النوع السابع
في الخصومات

وفيه ثلاثة ألفاظ [1] :

الأول : إذا قال : لا أرى منكرًا إلا رفعتُه إلى القاضي ، فليس عليه البِدارُ إذا رآه ، بل جميعُ عمرِه فُسْحةٌ ، وإنما يحنث إذا مات هو أو القاضي بعد التمكُّن من الرفع . ولو لم يتمكَّنْ حتى مات أحدُهما ، فهذا فواتُ البرِّ كرهًا [2] : فيخرَّج على الخلاف . ولو بادر إلى الرفع ، فمات القاضي قبل الانتهاء إلى مجلسه ، منهم من قطع بأنه لا يحنث [3] ، ومنهم من خَرَّجَ على الخلاف . ولو عُزِلَ القاضي الذي عيَّنه ، ولم يرفعْه إليه بعد العزل ، قال الشافعي (رضي الله عنه) : خشيتُ أن يحنث . فأطلقَ الأصحابُ قولينْ [4] . وإذا قال : رفعته [5] إلى القاضي ، فهل يتعينَّ المنصوب في الحال أم يَبَرُّ بالرفع إلى كل مَنْ ينصب بعده ؟ ففيه وجهان لتردُّدِ الألف واللام بين التعريف والجنس . ولو رأى منكرًا [6] بين يَدَيِ القاضي مع القاضي [7] فلا معنى للرفع . ولو اطلع عليه بعد اطلاعِ القاضي ، فوجهان :

أحدهما : أنه فات البرُّ كما لو رأى [8] معه .

والثاني : أنه يبر بصورة الرفع وإن لم يكن فيه إعلام [9] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وفيه ألفاظ » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « مكرهًا » .

(٣) وهذا هو المذهب . انظر الروضة (٧٢/١١) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولو عُزل القاضي الذي عَيَّنه ، فلم يرفعْه إليه بعد العزل . قال الشافعي : خشيتُ أن يَحْنث . فَأَطلق الأصحابُ قولين) ينبغي أن يكونا من القولين اللذين قالهما الشافعي على جهةِ ترددٍ بينهما ، وذلك نوعٌ من أنواعِ القولين قليلٌ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٩/أ) .

(٥) في (ب) : « أرفعه » . والمعنى : لا أرى منكرًا إلا أرفعه إلى القاضي ، وهو معلوم من سياق المسألة .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ولو كان منكرًا » . والمعنى : ولو كان الذي رآه الحالف منكرًا ... » .

(٧) قوله : « مع القاضي » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٨) في (ب) : « رآه » .

(٩) وهذا الوجه أصحهما . انظر الروضة (٧٣/١١) .

وعلى الوجه الأول يُخَرَّج مالو صبَّ [(١)] ماء الإداوة بعد أن حلف على شُربه أو أُبرىءَ عن الدَّيْنِ ، بعد أن حلف على قضائه ، فإن قلنا : الإبراءُ يَفْتقر إلى قبولٍ [(٢)] ، فَقَبِلَ ، يحنث بالفوات [(٣)] قَطْعًا ؛ لاختياره .

اللفظ الثاني : إذا حلف « لا يفارق غريمه حتى يستوفي الحقّ » فإنْ أبرأه ، أو أخذ منه عوضًا ، حنث ؛ لأنه لم يَسْتَوْفِ عَيْنَ حقِّه إلا إذا نوى . ولو فارقَه الغريمُ ، فلم يتعلَّقْ به ، ولم يتبعْهُ : لا يحنث ؛ لأنه لم يفارق ، وإنما المفارِقُ غَرِيمُه ، وهو حالف على فعلِ نفسهِ . ولو كانا يتماشيان ، فوقف ومشى الغريم : لا يحنث أيضا [(٤)] ؛ لأن المفارقة قد حصلت بحركةِ الغريم [(٥)] ، ولا يُنْسَب إلى سكونه ، وقال القاضي : ينسب إلى سكونه ،فإنه الحادثُ الآنَ ، بخلاف الصورة الأولى ، فإن الحادث هو أصلُ المشي ، وهو من الغريم . أما إذا قال : لا يفترق ، فإنْ [(٦)] فارقَه الغريمُ حنث ؛ لأنه أضاف إلى الجانبين ، وفيه وجهٌ : أنه لا يحنث .

اللفظ الثالث : إذا قال : لأضربنَّك مائةَ خشبة ، حصل البرُّ بالضرب بشمراخ [(٧)] عليه مائةٌ من القضبان [(٧)] ، وهذا بعيد على خلاف موجب اللفظ [ولكنه يَثْبت تَعَبُّدًا] [(٨)] قال الله تعالى : ﴿ وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاضْرِب بِّهِۦ وَلَا تَحْنَثْ ﴾ [(٩)] في قصة أيوب (عليه السلام) [(١٠)] .

(١) في (أ) ، (ب) : « انصبّ » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « القبول » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « يحنث بالقبول » .

(٤) في (ب) : « أيضًا لا يحنث » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « بفعل الغريم » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فإذا » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « عليه مائة قضيب » .

(٨) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٩) من الآية (٤٤) من سورة (ص) .

(١٠) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذا قال : لأضربنَّك مائةَ خشبةٍ ، حصَلَ البرُّ بالضربِ بشمراخٍ عليه مائةٌ من القضبان ، وهذا بعيدٌ على خلاف موجب اللفظ ، قال الله تعالى : ﴿ وخُذْ بيدِكَ ضِغْثًا فاضْرِبْ بِهِ ولا تَحْنَثْ ﴾ اعلم أن الاكتفاء في هذا بالضرب بالشمراخ وقع في « النهاية » وبعضِ كتب الخراسانيين ، وهو بعيدٌ يأباه لفظُ « الخشبة » ، وفي « النهاية » عن جماهير الأصحاب فيما إذا قال : مائةَ سوطٍ ، أنه لا يحنث بقضبان الشماريخ ؛ لأنها لا تُسَمَّى سياطًا ، وهكذا لا تسمى خشبًا على ما هو المعروف في اللسان العربي . وصاحبُ المذهبِ – الشافعيّ – فَرض المسألةَ فيما إذا حلف ليضربنَّ عبدَه مائةَ سوطٍ ، وأما الآية فهي واردةٌ في واقعةِ عينٍ ولا عمومَ فيها يُتَمَسَّكُ به ؛ فإن وقائع الأعيان لا عُمومَ لها على ما تقرَّر في أصول الفقه . والصوابُ أن تخصيص ما ذكروه بِعُرْفِ قومٍ يُطْلِقون اسمَ الخشب على عيدان الشماريخ والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٩/أ) .

ثم لا بُدّ أن يتثاقل على المضروب بحيث تنكبس جميعُ القضبان [١] ؛ حتى يكون لكلٍّ واحدٍ أَثَرٌ ، ولا بأس أن يكون وراء [٢] حائل ، إذا كان لا يمنع التأثير أصلا ، وفيه وجه : أنه لا بُدَّ [٣] من ملاقاةِ جميعِ بدنِه [٣] ، ولا يكفي انكباسُ البعضِ على البعض . ثم لو شككنا في حصول التثقيل أو المماسة – إن شرطناها – قال الشافعيُّ (رضي الله عنه) : حصل البرُّ ، ونصَّ أنه لو قال : لا أدخل الدار إلا أن يشاء زيدٌ ، ثم دخل ، ومات زيدٌ ، ولم يُعرف أنه شاء أم لا : حنث [٤] . فقيل : قولان بالنقل والتخريج ؛ لأجل الإشكال ، وقيل : الفرقُ أن الأصل عدمُ المشيئة، ولا سببَ يُظَنُّ به وجودُها، والضربُ هاهنا سببٌ ظاهر في اقتضاء الانكباس. ولو قال: «مائة سوط» بدلَ الخشبة، لم تكْفِهِ الشماريخُ، بل عليه أن يأخذ مائةَ سوطٍ، [٥] ويجمع ويضرب دفعةً واحدة [٥]، ومنهم من قال: تكفيه الشماريخُ أيضًا كما في لفظ «الخشبة» / أما إذا قال: لأضربن مائة ضربة، فلا يكفي الضربُ مرةً ٢٨٤/ب واحدة بالشماريخ ، وقال العراقيون : يكفي الضربات [٦] بالسياط معاً [٧] .

وَلْنقتصِرْ من صور [٨] الألفاظ ومعانيها على هذا القدر ، فإنه فَنٌّ لا يُتَصَوَّر أن يُحْصَر [٩] ، وفيما ذكرناه هاهنا وفي الطلاق ما يُمَهِّدُ طريقَ المعرفة .

---

(١) قال ابن الصلاح : قوله : (ثم لا بد أن يتثاقل على المضروب بحيث تنكبس جميعُ القضبان) هذا غَيْرُ متعينٍّ ، والمشترطُ إما هذا ، وإما أن تماسَّ البدنَ جميعُها ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٩/ب) .

(٢) في (ب) : « وراءه » . (٣) في (أ) ، (ب) : « من ملاقاةِ الجميعِ بدنَه » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قولُه : (نصَّ أنه لو قال : لا أدخل الدار إلا أن يشاء زيدٌ) هذا فيه تغييرٌ لِنصِّه بالمعنى ، فإن نصَّه : لو حلف ليفعلن كذا لوقتٍ إلا أن يشاء فلانٌ . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٩/ب) .

(٥) في (ب) : « ويجمعها ويضرب بها دفعة واحدة » . (٦) في (أ) ، (ب) : « يكفي الضرب » .

(٧) قال ابن الصلاح : « قولُه : (لو قال : لأضربنَّ مائة ضربةٍ ، فلا يكفي الضربُ مرةً واحدة بالشماريخ ، وقال العراقيون : يكفي الضربُ بالسّياط معًا) خصَّصَ الوجْهَ الثاني بالعراقيين ، والوجهان معًا مشهوران في كتب العراقيين ، وعبارةُ شيخِه في ذلك « وذكر العراقيون وجهين » ، ثم إن شيخه ذكر أنه على القول بتعدُّدِ الضربات يُشْترط فيه التوالي ، وهذا فيه نظر وينبغي أن لا يُشْترط ذلك هاهنا بما يقع عليه الاسمُ ، ولهذا يُكتفى فيه بضرب فيه أدنى الإيلام . وبعضُ أصحابنا عَبَّر عن هذا بأنْ قال : يكفي ضربٌ غَيْرُ مؤلم ، والعبارةُ الأولى أَوْلى ؛ فإن ما يُسَمَّى ضربًا ، لا يخلو من أدنى إيلام ، وذلك بخلاف الحدّ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٩/ب) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « صورة » . (٩) في (ب) : « ينحصر » .

خاتمة

كلُّ فعلٍ يحصل به الحنث ، فإذا حصل ذلك الفعلُ مع إكراه أو نسيان أو جهل ، ففيه نظرٌ لا بُدَّ من بيانه ، فلو قال : والله لا أَدخل الدار ، فأَذِنَ حتى حُمِلَ وأُدْخِلَ : حنث ؛ لأنه كالراكب ، والراكبُ داخلٌ . ولو حُمِلَ قَهْرًا وأُدخل (١) : لم يحنث ، وفيه وجه : أنه كالإذن (٢) ، وبين الدرجتين أن يُحْمل وهو قادرٌ على الامتناع فلا يمتنع ، فقد ألحقه الأكثرون بالإذن ، ومنهم من ألحقه بالقهر (٣) .

أما إذا أُكْرِهَ على الدخول ، أو نَسِيَ اليمينَ ، فقولان :

أحدهما : أنه يحنث ؛ لوجود الصورة (٤) ؛ ولأنه يحنث بطلوع الشمس إذا حلف عليه ، فليس يُشترط الفعل في الحنث .

والثاني : أنه لايحنث ؛ لأنه الآن علّق على الفعل ، وهذا ليس بفعل شرعًا (٥) .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فأدخل » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله فيما لو حُمِل قهرًا : (وفيه وجهٌ : أنه كالإذن) توجيهُه – على ضَعْفِهِ – أنَّ المحمولَ في حالة الاختيار ، جعلناه كالداخل ، فكذلك في حالة الإكراه ، نجعله كالداخل كرها حتى يُخَرَّج على القولين ، والله أعلم » . (المشكل جـ٢ ق ١٨٠/أ) .

(٣) وهذا هو الصحيح . انظر الروضة (٧٩/١١) .

(٤) في (ب) : « بوجود الصورة » .

(٥) والمذهب أنه لا يحنث . انظرالروضة (٧٨/١١ وما بعدها) .

وقال ابن الصلاح : « شرح ما ذكره – في توجيهه القولين في وجود الصفة على جهة الإكراه أو النسيان ، وتقريرُه : أما القول بالتحنيث فوجْهُه : أنه مختارٌ في التعليق بالدخول مثلًا ، وقد وُجِدَتْ صورةُ الدخول ، فحصل ما تعلَّق به ، كما يحصل الحنثُ بوجودِ سببه ، سواءٌ وُجِدَ عمدًا أو سهوًا ، ولأن غاية ما فيه : أنه لم يُوجَد منه فعلٌ ، والحنث لايتوقّف على فعل الحالف ، واليمينُ قد تكون توقيتًا لا صُنْعَ فيها ، كما إذا علّق على طلوع الشمس . وأما القول بعدم التحنيث ، فوجْهُه : أن الكلام فيما إذا علّق على فعله ، وهذا ليس بفعله شرعًا ؛ لأنه بمنزلة ما لم يفعله في رَفْع حكمه عنه ؛ لما رَوَى ابنُ عباس (رضي الله عنهما) عن رسول الله ﷺ أنه قال : « إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنّسْيان وما اسْتُكْرِهُوا عليه » رواه ابن ماجه وهذا لفظُه ، وليس في الكتب الخمسة الأصول – الصحيحين ، وسنن أبي داود ، وسنن النسائي ، وكتاب الترمذي – ولكن إسنادُه حسنٌ ، ورويناه في السنن الكبير ولفظه : « تجاوز =

واختار القفال (رحمه الله) أن الطلاق يقع ، والحنث لا يحصل ، فإنه أشْبَهُ بالعبادات التي يُنْسب فيها إلى الإحرام وتركه ، فيؤثر فيه النسيانُ والإكراه (١) ، ثم قيل : الناسي أولى بأن يحنث . وقيل : أولى بأن لا يحنث وقد ذكرناه في الطلاق .

وأما الجهلُ فهو أن يقول : لا أُسلم على زيد ، فسلَّم في ظلمة ، ولا يَدْري أنه زيدٌ ، فقولان مرتبان وأولى بالحنث ؛ لأن الجاهل يُفْطر ، والناسي لا يُفْطر ، أعني مَنْ غلط (٢) فظنَّ غروبَ

= الله عن أمتي الخطأَ ... » إلى آخره . وقد أمعنتُ النظرَ في هذا المسألة ، وفي أدلتها ؛ لمسيس الحاجة إليها في الفتوى ، ووجدتُ كثيرًا من مُصَنِّفي أصحابنا العراقيين ذهبوا إلى أن الصحيح عدمُ الحنث ، والبغداديون هم جمهور العراقيين ، وقد قال صاحب « الحاوي » : البغداديون من أصحابنا يذهبون إلى تصحيح القول بأن لا حنث على الناسي لما يرتكبونه من خلاف أبي حنيفة ، قال : وأما البصريون ، فقال شيخُنا أبو القاسم الصَّيمري : ما أفتيت في « يمين الناسي » بشيء قَطُّ ، قال صاحب « الحاوي » وهو أحد البصريين : فاقتديتُ بهذا السلف ولم أُفْتِ فيها بشيء ؛ لأن استعمال التوقي أحوطُ من فرطات الإقدام ، ومع هذا فالقولُ بالتحنيث هو الأرجحُ دليلًا وإن كان أغوص ، وهو قول أكثر العلماء السالفين والخالفين (رضي الله عنهم) وهو قول أئمة المذاهب الأربعةِ ، والشافعيُّ وأحمدُ – وإن اختلفت الرواية عنهما – فالتحنيثُ أثبتُ عنهما ؛ حكى الثقة أبو بكر بن المنذر في كتابه « الإشراف على مذاهب أهل العلم » أنَّ تحنيث الناسي في يمين الطلاق والعتاق وسائر الأيمان هو المشهورُ من مذهب الشافعي عند أصحابه ، وفي كتاب « الهداية » في مذهب أحمد : أنه يحنث في الطلاق والعتاق ، ولا يحنث في اليمين بالله تعالى والظهار . قال : وهو اختيارُ أكثرِ شيوخنا ، وعنه : أنه لا يحنث في الجميع ، وعنه : أنه يحنث في الجميع .

وأما من حيث الدليل فأقول : إن أطلق يمينه ولم يَسْتثنِ حالةَ النسيانِ والإكراهِ ، دلَّ على أنه لم يقصر يمينه على مقصود المنع ، فالتحق بما لو صَرَّح وقال مثلًا : والله لا أدخل ، لا عامدًا ولا ناسيا ، فدخل ناسيًا ، فإنه يحنث بلا خلاف فيما نقله القاضي حسين . وفي هذا جواب عن تَمسُّكهم بأن المقصودَ المنْعُ ، وهو من أَقْوَى مَالَهُمْ . وأما الحديث فهو محمول على نَفْيِ المؤاخذة والذّمّ ، لا على نَفْيِ الحكم بمطلقه ؛ بدلالة ثبوت حكم النسيان والإكراه في الحديث والإتلاف ، ولأن ذلك هو المفهوم منه في عُرْفِ الاستعمال قبل الشرع ، ولا عمومَ فيه فيما يُقَدَّر ويُضْمَر على ما تقرر في علم أصول الفقه والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨١/ب وما بعدها) .

(١) في الروضة تضعيف لقول القفال هذا . انظر (٧٩/١١) .

وقال ابن الصلاح : « قوله : (واختار القفال أن الطلاق يقع والحنث لا يحصل) نقل شيخه أن القفال كان يقول : القولان يجريان في اليمين بالله تعالى ، وأما في الطلاق فإنه يقع قولًا واحدًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٢/ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أعني من جهل » .

الشمسِ ، وكلُّ مايفوت البِرُّ به من انصباب ماء الإداوة ، ومَوْتِ مَنْ يتعلَّق البِرُّ به وهلاكِه ، فَيُخَرَّج على القولين . وكذلك إذا قال : ما فعلتُ ، أو لا أملك شيئا ، وكان قد فعل ، وملك ، لكنْ نَسِيَ ، خُرِّجَ على القولين .

فرع : لو قال : لا أُسلِّم على زيد ، فسلم على قومٍ هو فيهم ، ولكنه لم يعلم ، فقولان مرتبان على ما إذا رآه في ظلمة فسَلَّم عليه ، وهاهنا أولى بأن لا يحنث ؛ لأنَّه لم يُعَيِّنْه بالسلام .

ولو قال : لا أَدخل على فلانٍ ، فدخل على قومٍ هو فيهم ، ولم يَعْلم ، فقولان مرتبان ، وأولى بالحنث ؛ لأنَّ اللفظ أَقْبَلُ للخصوص من الفعل .

وأما إذا سلَّم على القوم واستثناه باللفظ أو بالنية : لم يحنث . ولو لم يَسْتَثْنِ وهو عالمٌ به ، قال العراقيون : فيه قولان ولا مَأْخَذَ له إلا أنه لم يُسَلِّم عليه خاصةً ، فَيُحْمل مطلقُ لفظِهِ على التسليم عليه بالتنصيص . أما إذا قال : لا أدخل عليه ، ثم دخل على قوم وهو فيهم ، واستثنى بالنية ، فوجهان :

أحدهما : أنه لا يحنث ، كالسّلام [1] .

والثاني : أنه يحنث ؛ لأن العمومَ يَقْبل الخصوصَ ، وأما الفعلُ فلا يقبل .

وإن كان [2] هو وحده في البيت ، ولكن دَخَلَ لشغلٍ آخر ، فهو أيضًا على الوجهين .

ولو دخل ولم يَعْلم أنه فيه ، فظاهرُ النصِّ أنه لا يحنث ؛ لأنَّه لا يكون داخلًا عليه إذا لم يعلمه ولم يقصدْه ، وخَرَّجَ الربيعُ أنَّ هذا كالناسي ، وصَحَّحَ معظمُ الأصحاب تخريجَه ، والله أعلم .

* * *

---

(١) والمذهب أنه لا يحنث . انظر الروضة (١١/٨٠) .

(٢) في (ب) : « ولو كان » .

كتاب النذور (1)

---

(١) النذر نوعان :

النوع الأول : نذر التبَرُّرِ ، وهو قسمان :

(أحدهما) : نذر المجازاة ، وهو أن يلتزم قربةً في مقابلة حدوثِ نعمةٍ ، أو اندفاعِ بليةٍ ، كقوله : إن شفى الله مريضي فللّه عليّ صومٌ . فإذا حصل المعلَّقُ عليه ، لزمه الوفاءُ بما التزم .

(الثاني) : أن يلتزم ابتداءً قربةً ما من غير تعليق على شيء ، كقوله : لله عليّ أن أصلي أو أصوم كذا . وفيه قولان عند الشافعية ، والأظهر : أنه يصح ويجب الوفاءُ به .

النوع الثاني : نذرُ الغضبِ واللَّجاج ، ويُسمى أيضًا « يمينَ اللجاج والغضب » و « يمين الغَلَق » وهو الذي خرج مَخْرجَ اليمين بأن يَقْصد الناذرُ حثَّ نفسِه على فعل شيء ، أو مَنعها ، من غير قصدٍ للنذر ، ولا للقربة به إلى الله تعالى ، ومثالُه إذا حدثت مشاجرةٌ بينه وبين آخر ، فقال : إن كلمتك فللّهِ عليَّ صومُ شهرٍ . فهذا نذرٌ أخرجه مخرجَ اليمين ؛ لأنه قصد به مَنْعَ نفسِه عن الفعل كالحالف ، يقصد بيمينه مَنْعَ نفسِه عن الفعل .

فذهب أكثرُ أهلِ العلم من الصحابة ومن بعدهم إلى أنه إذا فعل ذلك الفعلَ ، وَجَب عليه كفارةُ اليمينِ ، كما لو حنث في يمينه . وهو قول عمر وعائشة ، وإليه ذهب الشافعيُّ في أصح أقواله ، وأحمدُ .

وذهب قومٌ إلى أن عليه الوفاء بما سمَّى ، وهو المشهور من قول أصحاب الرأي ، وبه قال مالكٌ .

وعند النووي أن الأظهر - عند الشافعية - أنه يتخيَّرُ بين الوفاء بما التزم ، أو يُكفر كفَّارة يمين . انظر : التنبيه للشيرازي ص (٦١) . شرح السنة للبغوي (١٠ / ٣٦ ، ٣٧) . روضة الطالبين (٣ / ٢٩٤ ، ٢٩٥) . الغاية القصوى (٢ / ١٠٠٢) . الفقه الإسلامي (٣ / ٤٧٧) .

قال الله تعالى : ﴿ يُوفُونَ بِٱلنَّذْرِ ﴾ (١) فصار هذا أصلًا في لزوم الوفاء (٢) .

والنظر في أركان النذور وأحكامه :

النظر الأول

في الأركان

وهي (٣) : الملتزِم ، وصيغة الالتزام ، والملْتزَم .

أما الملتزِم : فهو كلُّ مكلفٍ له أهليةُ العبادة ؛ فلا يصحُّ النذر من كافر ؛ لأنه لا يصح منه التقربُ ، نعم قال عمر (رضي الله عنه) لرسول الله ﷺ : كنتُ نذرتُ اعتكافَ ليلةٍ في الجاهلية ، فقال (عليه السلام) : « أَوْفِ بنذْرِكَ » (٤) فَمِنْ هذا يحتمل التصحيح (٥) ، ويحتمل أن يُحْمل على الاستحباب حتى لا يكونَ إسلامهُ سببًا في تركِ خيرٍ كان قد عزم عليه في الكفر .

وأما الصيغة : فهي ثلاثة (٦) :

---

(١) من الآية (٧) من سورة (الإنسان) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (قال الله تبارك وتعالى : ﴿ يُوفُونَ بِٱلنَّذْرِ ﴾ فصار هذا أصلًا في لزوم الوفاء) . هذا لا يستقيم ؛ فإنه ليس فيه أمرٌ أو إلزامٌ أصلًا ، وسياقُ الآية يَأْبى أن يكون ذلك من قبيل الأمر بصيغة الخبر ، وإنما هو صفةُ مدحٍ مذكورة في جملة صفات الأبرار . ومما يصلح أن يكون أصلًا في ذلك قولُه تبارك وتعالى : ﴿ يا أيها الَّذينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ وما رواه البخاري في الصحيح من حديث عائشة (رضي الله عنها) عن رسول الله ﷺ قال : « من نذر أن يطيع الله فَلْيُطِعْه ، ومَنْ نذر أن يعْصيَهُ فلا يَعْصِهِ » والله تعالى أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٢ /أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وهو » .

(٤) حديث صحيح : رواه البخاري (٤ / ٣٣٣) (٣٣) كتاب « الاعتكاف » (١٦) باب « إذا نذر في الجاهلية أن يعتكف ثم أسلم » حديث (٢٠٤٣) . ورواه مسلم (٣/ ١٢٧٧) (٢٧) كتاب الأيمان » (٧) باب « نذر الكافر وما يفعل به إذا أسلم » حديث (١٦٥٦) . ورواه أبو داود (٣ / ٦١٦) حديث (٣٣٢٥) والترمذي (٤ / ٩٦) حديث (١٥٣٩) . والنسائي (٧ / ٢١) . وابن ماجه (١ /٦٨٧) حديث (٢١٢٩) . جميعًا من طرق عن نافع عن ابن عمر مرفوعًا .

(٥) يعني أن هذا الحديث يدل على صحة النذر من الكافر .

(٦) في الأصل ونسخة (أ) : « وهي ثلاثة » ، والمثبت من (ب) .

الأولى : أن يقول : « إنْ شَفى الله مريضي ، فللّهِ عليَّ كذا » فيلزمه [١] ، وكذلك إذا علَّق بنعمةٍ أو زوال بليّةٍ .

الثانية : أنْ يُعَلِّق بما يريد عدمَه ، وهو [٢] يمين الغضب واللجاج ، وقد ذكرناه [٣] .

الثالثة : أن يلتزم ابتداءً من غير تعليق ، فيقول : لله عليّ صومٌ أو صلاةٌ ، ففيه قولان مشهوران :

أحدهما : أنه يجب تنفيذ النذرِ [٤] .

والثاني : لا ؛ لأن ذلك كالعوض عن النعمة ، وهذا ابتداء تبرع ؛ فلا يصير واجبًا بإيجابه له .

[٥] إذا قال : لله عليَّ كذا إن شاء الله ، لم يلزمْه شيءٌ . والاستثناءُ عقيبَ العقودِ والأيمان /٢٨٥/أ والنذورِ كلّها تدفعها [٥] . وأما إذا قال : لله عليّ كذا إن شاء زيدٌ ، لم يلزمه شيءٌ وإن شاء زيد ؛ لأنه لم يلتزمه لله تعالى [٦] ، وليس هذا كما لو قال : إنْ قدم زيدٌ فللّه علي كذا ؛ لأن ذلك يمينُ الغضبِ ، أو هو تَبَرُّرٌ ولم يُعلق فيه لزوم [٧] العبادة بمشيئة زيد ، هكذا قاله القاضي [٨] .

---

(١) فيلزمه : « فيلزمه » ساقطة من (أ) ، (ب) .　　(٢) في (أ) ، (ب) : « وهي » .

(٣) انظر ص ( ) .

(٤) وهذا القول هو الأظهر ، أنه يصحُّ ويلزمه الوفاءُ به . انظر الروضة (٣ / ٢٩٤) . وقوله : « تنفيذ النذر » ساقط من (أ) ، (ب) .

قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا نذر ابتداءً من غير تعليق على شيء : (فيه قولان مشهوران ، أحدهما : يجب كنذر التبرر) يعني به تَبَرُّرَ المجازاة ، كما في قوله : إن شفا الله مريضي . وهذا الذي فيه الكلام نذرُ تبررٍ أيضًا فنذر التبرر نوعان ، غَيْرَ أن بعضَهم سَمَّى هذا الثالث « النذر المطلق » .

وقال ابن الصلاح أيضًا : « قوله : (قولان مشهوران) ليس كذلك بل هما غريبان . والمشهور القطع بلزومه ، وهو المنصوص . ومنهم من قال : فيه وجهان . وأما ذكر قولين فيه فَغَيْرُ معروفٍ ، وكأن الثاني قول مخرج ، والله أعلم » مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٢ / ب) .

(٥) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (لأنه لم يَلْتزمه لله تعالى) أي خالصًا ، وذلك كافٍ في بطلانه ، والله تعالى أعلم . المشكل (جـ ٢ ق ١٨٣ / أ) .

(٧) كلمة : « لزوم » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله (إذا قال : إن شاء زيد ، فللّه علي كذا : لم يلزمه شيء وإن لم يشأ زيد ؛ لأنه لم يلتزمه =

وأما الملتزم : فكلُّ عبادةٍ مقصودةٍ ، ولها مراتبُ (١) :

الرتبة الأولى : أصول العبادات تلزم بالنذر ، كالصلاة والصوم والحج والصدقة ، ويلتحق بها فنان :

(أحدهما) : صفاتُ هذه العبادات ، كما لو نذر الحج ماشيًا ، أو طُولَ القراءةِ والقيامِ في الصلاة . فإن أفرد الصفة بأن التزم المشْيَ (٢) في حجة الإسلام (٣) ، وطول القراءة في رواتب الفرائض ، ففي اللزومِ وجهان ؛ لأن هذه صفاتٌ ، فيبعد أن تَستقلَّ باللزوم (٤) .

= لله تعالى ، وليس هذا كما لو قال : إن قدم زيد فللّه عليّ كذا ؛ لأن ذلك يمين الغضب ، أو هو تبرر ، ولم يتعلق فيه لزوم العبادة بمشيئة زيد ، هكذا قال القاضي) .

لا ينبغي أن يعتقد من هذا أن جميع هذا الكلام قاله القاضي ؛ فإن الفرق بين مسألة القدوم وبين المسألة الأولى ذكره المصنف من عنده ، وذلك أن شيخه ذكر مسألة التعليق بمشيئة زيد نقلًا عن القاضي ، ثم قال : وهذا عندي خطأ ، واحتج بمسألة التعليق بقدوم زيد ، فلم يوافقه في « الوسيط » على ذلك ، وفرق بين المسألتين مضيفًا ذلك إلى كلام القاضي . وذلك من شيخه عجبٌ ؛ فإن كتابه من شرح مختصر المزني ، وقد نص الشافعي على ذلك في « مختصر المزني » وهو المقطوع به في غير واحد من شروحه ، منها « الحاوي » « وأمالي أبو الفرج السرخسي » والله أعلم » . مشكل الوسيط (ق ١٨٢ / ب ، وما بعدها) .

(١) قال ابن صلاح : « قوله : (وأما الملتزم فكل عبادة مقصودة ،ولها مراتبُ) هذا فيه إشكالٌ سلم منه « البسيط » و « الوجيز » ، وهو أنه فَسَّره بالعبادة المقصودة ثم قال : ولها مراتب ، والمرتبتان الأخيرتان ليستا من العبادات المقصودة . فنقول : قولُه : (ولها مراتبُ) عائدٌ على الملتزم بإطلاقه ، وينبغي أن تُقرأ : وله مراتب ، وما وقع في النسخ من قوله : « ولها » وجْهُه – على ما فيه من العجمة – أنه خرج على المعنى ؛ إذِ المراد بالملتزم الأعمالُ المُلْتَزَمة ، ثم إنه اقتصر في تفسيره أولًا على العبادة المقصودة لكونه اختار قول مَنْ لم يُصحح النذرَ إلا في العبادة المقصودة ، فكأنه قال : أما الملتزم ، فالصحيحُ منه كلُّ عبادةٍ مقصودة ، والملتزم مطلقًا – ما يصح منه وما لا يصح – مراتبُ : الأولُ : أصولُ العبادات ، وهي المرادةُ بقوله : (كل عبادة مقصودة) والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٨٣ / أ) .

(٢) في الأصل : « فإن أفرد الصفة والتزم المشي » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله في صفات العبادات : (كما لو نذر الحج ماشيًا) وقوله بعده : (فإن أفرد الصفة والتزم المشي في حجة الإسلام) أراد بالأول ما إذا التزم الصفة مع الموصوف بأنْ نَذَرَ حجَّ التطوع ماشيا ، فالصفةُ هاهنا تلزم قطعًا ، أما إذا أفرد الصفة بالالتزام ، كما إذا كان الموصوفُ لازمًا بغير التزامه ، فهذا فيه الوجهان المذكوران ، والله أعلم . قطع هاهنا بصحةِ نذر الجهاد ، وسَبَقَ منه في كتاب « السِّيَر » أنَّ الصحيح أنَّ الجهاد لا يلزم بالنذر ، وذاك هو الأقوى والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٣ / أ) .

(٤) والأصح أنه يلزم الوفاء بالصفة المستحبة إذا شرطت في النذر ؛ لأنها طاعة . انظر الروضة (٣ / ٣٠١) .

(والثاني) : فرضُ الكفاياتِ [1] ، فلو نذر الجهاد في جهة ، قال صاحب « التلخيص » : يلزمه في تلك الجهة ، وكذلك لو نذر تجهيز الموتى [2] ، وكذا كلُّ ما يُحْتاج فيه إلى مالٍ ، أما ما لا يحتاج إليه ، كالصلاة على الجنائز ، والأمر بالمعروف ، ففيه تردُّدٌ ، والظاهرُ لزومُه [3] .

الرتبة الثانية : القربات التي حَثَّ الشرعُ عليها ، كعيادة المريض ، وزيارة القادم ، وإفشاءِ السلام ، ذهب المتقدمون من الأصحاب إلى أنه [4] لا تُلتزم بالنذر ؛ فإنها ليست عبادة [5] ، ولو لزم ، لوجب قصْدُ التقربِ [6] بها إلى الله تعالى ، ولصارت عبادة . وذهب المتأخرون إلى أنها تلزم ، كتجهيز الموتى والجهاد ، فإنها لم تُشرع عبادة مقصودة ، فلا يمكن الضبط إلا بالقربة التي يرتجي ثوابها [7] ، واستثنى القاضي عن هذا ما يُخَالف الرخصةَ ، كقوله : لا أُفطر في السفر [8] ؛ فإن هذا تغييرٌ للشرع ، إذ اللزومُ بالنذر لا يزيد على إلزام الشرع ، وهو يَسْقط بالسفر .

واختلفوا فيما لو التزم بالنذرِ الوتْرَ والنوافلَ الرواتبَ [9] ؛ لأنه كالتغيير لرخصةِ الشرع في

---

(١) في (ب) : « فروض الكفايات » .

(٢) والأظهر ما قاله صاحب « التلخيص » من أنه يلزمه الجهاد في الجهة التي عيَّنها ، ويلزمه تجهيز الموتى . انظر الغاية القصوى (٢ / ١٠٠١) .

(٣) وهو الأصح كما في الروضة (٣ / ٣٠١) .

(٤) في (ب) : « أنها » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله في القربات التي حَثَّ الشرعُ عليها من عيادة المريض ونحوها : (إنها ليست عبادة) قد حُدَّتِ العبادةُ بأنها الطاعة لله تبارك وتعالى ، وفي هذا إثباتٌ لكوْنِ هذه القربات عباداتٍ إلا أنها ليست عبادةً متأصلة مقصودةً ، والمفهومُ من اسم العبادة – إذا أُطلق – العبادةُ المقصودة ، وهي التي أنشأها الشرعُ وابتدأ بوضعها للتعبُّدِ بها ، والتي يَحْرُم القصد بها لغير الله تعالى ، قال الله تبارك وتعالى : ﴿ وَلَا يُشْرِكْ بعبادةِ ربه أَحَدًا ﴾ فهذه يُطلق عليها اسمُ العبادة . وما ليس كذلك ، مما حَثَّ الشرعُ عليه ، يُطْلق عليه اسمُ « القربات » فاعلَمْ ذلك ، فإنه من المُشْكِل . وينبغي أن يَقْطع بصحة نذر الجميع ؛ عملًا بالحديث الصحيح « مَنْ نذر أن يُطيع الله فَلْيُطِعْه » والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق / ١٨٣ / أ) .

(٦) وفي نسخة أخرى « عقد التقرب » كذا على هامش الأصل .

(٧) والصحيح أن هذه القربات تلزم بالنذر . انظر الروضة (٣ / ٣٠٢) .

(٨) قال ابن الصلاح : « ما ذكره مِنْ أنّه لا يصح نَذْرُ ما يخالف الرخصة ، كقوله : (لا أُفطر في السفر) ، لك أن تفسره بما إذا نذر لا يُفْطر فى صوم رمضان بسبب السفر ، ولك أن تفسره بما إذا نذر صومًا غيرَ واجبٍ ، وشَرَطَ فيه أن لا يفطر فيه في السفر ، وكلاهما باطلٌ على هذه الطريقة ، وآخرُ تعليلِه يَشْهد بهذا الأخير ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق / ١٨٣ / أ) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « والنوافل الراتبة » .

تركه ، وقال الشيخ أبو محمد (رحمه الله) : ينبغي أن لا يجب بالنذر إلا ماله أصلٌ واجبٌ في الشرع مقصودٌ ، فقال : لا يجب بالنذر تجديدُ الوضوء ؛ لأنه لم يجب مقصودًا ، والاعتكافُ يجب ، لأنه مُكْثٌ ، والوقوفُ بعرفة مكثٌ واجبٌ . وقال الإمامُ : يجب عندي تجديدُ الوضوء بالنذر [١] .

الرتبة الثالثة :

المباحاتُ ، كالأكلِ والدخولِ والنوم [٢] ، فإنه - وإن كانت [٣] يُثَاب على أكله إذا قَصَدَ التقَوِّيَ على العبادة ، وعلى نومه إذا قصد طرْدَ النعاس عند التهجد ، فهذا بمجرد القصدِ ، وهذه الأفعالُ غَيْرُ مقصودةٍ شرعًا بخلاف العيادة وردّ السلام وغيره ، لكن قال القاضي : إذا قال : لله عليّ أن أدخل ، أو آكل ، ولم يلتزم ، فيلزمه بمجرد اللفظِ كفارةُ يمينٍ [٤] . ولو قال : لله علي أنْ أشرب الخمر ، أو محظورًا آخر ، قال : في لزوم الكفارة وجهان [٥] ، وهذا ليس يَظْهر له وجهٌ يُعْتَدُّ به إلا ما رُوِيَ عن رسول الله ﷺ أنه قال : « من نذر وسمَّى فعليه ما سمَّى [٦] ، ومن نذر ولم يُسَمِّ ، فعليه كفارةُ يمينٍ » [٧] .

---

(١) وهو الأصح كما في الروضة (٣ / ٣٠٢) .

(٢) لا ينعقد النذر في هذه المباحات . انظر الروضة (٣ / ٣٠٣) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وإن كان » .

(٤) والصواب أنه لا كفارة عليه . انظر الروضة (٣ / ٣٠٣) .

(٥) والمذهب أنه لا كفارة عليه . انظر الروضة (٣ / ٣٠٠) .

(٦) في (أ) . (ب) : « فعليه الوفاء بما سمى » .

(٧) حديث ضعيف : رواه أبو داود (٣ / ٦١٤) (١٦) كتاب « الأيمان والنذور » (٣٠) باب « من نذر نذرًا لا يطيقه » حديث (٣٣٢٢) بإسناده عن ابن عباس مرفوعًا بلفظ : « من نذر نذرًا لم يُسَمِّه ، فكفارته كفارة يمين ، ومن نذر نذرًا لا يطيقه فكفارته كفارة يمين ومن نذر نذرًا أطاقه فَلْيَفِ به » . ورواه ابن ماجه (١ / ٦٨٧) (١١) كتاب « الكفارات » (١٧) باب « من نذر نذرًا ولم يُسَمِّه » حديث (٢١٢٨) كلاهما من طرق عن بكير بن عبد الله عن كريب عن ابن عباس مرفوعًا به . والحديث ضعفه الزيلعيُّ في نصب الراية (٣ / ٣٠٠) . وضعَّفه أيضًا الألباني كما في ضعيف ابن ماجه ص (١٦٤) .

وقال ابن الصلاح : « ما ذكره من أنه رُوي عن رسول الله ﷺ أنه قال : « ومن نذر وسمَّى فعليه ما سمَّى ، ومن =

وهذا يمكن أن يكون المرادُ به في يمين الغَلَق (١) ، فلا يُتْرك القياسُ بمثله ، نعم لو نوى اليمينَ بقوله: لله عليَّ ألا أدخل الدار ، فيلزمه الكفارةُ بالحنث .

فرع : إذا نذر الجهاد في جهة ، قال صاحب « التلخيص » : تتعين الجهة ، وقال أبو زيد : لا تتعين ، ومَيْلُ الشيخِ أبي علي إلى أن (٢) تتعين الجهة ، أو جهةٌ تُساويها في المؤنة والمسافة كما في مواقيت الحج .

* * *

= نذر ولم يُسَمِّ فعليه كفارةُ يمينٍ » تمسَّك به القاضي في « تعليقه » في لزوم الكفارة في نذر المباح ، ووجهُه أنه لما كان ما سمَّاه مما لا يلزم الوفاءُ به ، صار كأنه لم يُسَمِّ شيئًا وهذا يَقْتضي أيضًا وجوبَ الكفارة في نذر المعصية بل أولى ، فإنه مع كونه لا يلزم فيه الوفاءُ بمنذوره لا يجوز ، ولكنَّا نُوَجِّه قَطْعَ القاضي بلزوم الكفارة في المباح وذكره خلافًا في المعصية بأنَّ بين المعصية والنذر مُنَافرةً شديدة تقتضي إلغاء النذر بالكلية ، وقد سوَّى صاحبُ « التتمة » بين المباح والمعصية ، فَأَجرَى في لزوم الكفارة فيهما وجهين .

وفي نذر المعصية حديثٌ صريح عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لا نذر في معصية وكفارتُه كفارة يمين » أخرجه أبو داود وغيره ، ورويناه أيضًا في السنن الكبير عن عمران بن الحصين عن رسول الله ﷺ غير أنَّ في إسناديهما ضَعْفًا ، وأما الحديث المذكور في « الوسيط » فقد روينا منه قوله : « من نذر نذرًا لم يُسَمِّه فكفارتُه كفارةُ يمينٍ » في سنن أبي داود وسنن ابن ماجه ، وفي السنن الكبير من وجوه يزيد بعضُها على بعض ، وأَتَمُّها ما روينا في السنن الكبير من حديث ابن عباس (رضي الله عنهما) أن رسول الله ﷺ قال : « من نذر نذرًا لم يسمه فكفارته كفارة يمين ، ومن نذر نذرًا في معصية الله عز وجل فكفارتُه كفارةُ يمينٍ ، ومن نذر نذرًا فأطاقه فَلْيَفِ به » وأخرجه أبو داود أيضًا إلا الجملة الأخيرة الرابعة ، والأحاديثُ الواردةُ في ذلك قد عضد بعضُها بعضًا ؛ فَيَقْوَى إيجاب الكفارة في نذر المعصية قوةً تُوجِب اختيارَه ، وقد جعلَه الربيعُ قولًا آخر ، وذلك معدودٌ من تخريجه ، ثم نذرُ المباح لاحقٌ به في ذلك والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٤ / ب) .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (يمين الغلق) أي نذر اللجاج وهو بالغين المعجمة واللام المفتوحتين وبالقاف ، وهو ضيقُ الصدرِ ، وقلةُ الصبرِ ورجلٌ غلِقٌ – بكسر اللام – أي سَيِّئ الخلق ، ومن قال فيه : « يمين الغلوّ » بالواو المشددة فقد صَحَّفَ . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٤ / ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أنه » .

النظر الثاني
في أحكام النذر

وموجب النظرِ مقتضى اللفظ ، والمُلْتَزَمُ بالنذرِ أنواعٌ من القرب :

النوع الأول : الصوم ، وفيه ألفاظ :

الأول : إذا قال : للهِ عليَّ صومٌ ، فيلزمه يومٌ ، وهو الأقل . وهل يلزمه تبيت النية [١] ؟ فيه قولان يُعَبَّر عنهما بأن مطلق النذر ، يُنَزَّل على أقلِّ واجبِ الشرع ، أو على أقل الجائز ؟ ، والصحيح أنه ينزل على [أقل] [٢] الجائز فلا يشترط التبيت ، فإن اتباع الأصل [٣] أولى من التنزيل على واجب الشرع [٤] . وكذلك إذا قال : [لله] [٥] علي صلاةٌ ، تلزمه [٦] ركعتان على قول [٧] ، ويكفيه ركعةٌ على قول . ولا خلافَ أنه لو قال : [لله] [٨] عليَّ صدقةٌ ، لم يتصدَّق بخمسة دراهم ؛ لأن في الخلطة قد يجوز إخراجُ ما دونها [٩] . ولا خلافَ أنه لا تختصُّ بجنس مال الزكاة . وفي الاعتكاف ، هل يكفي الدخولُ مع النية من غير مكثٍ ؟ فيه ترددٌ ، وإن كان المكث لا يشترط في كونه عبادةً [١٠] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « تبييت النية » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فإن اتباع الاسم » .

(٤) والصحيح وجوب تبييت النية كما في الروضة (٣ / ٣٠٩) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) ، (ب) : «فيلزمه » .

(٧) وهو المنصوص عن الشافعي كما في الروضة (٣ / ٣٠٩) .

(٨) زيادة من (أ) .

(٩) المقصود بالخلطة هنا هو اختلاطُ مالِ الشريكين ، فيصبحان كمالٍ واحدٍ ، وتسمى « خلطة الجواز » ولهذه الخلطة تأثيرٌ في الزكاة ، بالإيجاب أو التكثير أو التقليل ، انظر تفصيل ذلك في الروضة (٢ / ١٧١ ، ١٧٢) . الفقه الإسلامي في (٢ / ٨٤٩) .

(١٠) والأصح أنه لا يشترط المكث في الاعتكاف . انظر الروضة (٣ / ٣٠٨) .

وقال ابن الصلاح : « قوله في نذر الاعتكاف : (هل يكفي الدخول مع النية من غير مكث فيه تردد ، وإن كان =

ثم إن قلنا : لا يشترط التبيت [١] ، فلو قال : علي صومُ يومٍ ، ونوى نهارًا [٢] ، فإن قلنا : إنه صائم من / ذلك الوقت فلا يجزئ ، وإن قلنا : إنه [٣] صائمٌ جميعَ النهارِ ، أجزأه . ٢٨٥/ب

اللفظ الثاني : إذا عيَّن يومًا ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لا يتعيّن اليومُ ، وتعينُ الزمانِ [٤] كتعينِ المكانِ ، والمسجدِ للصلاة [٤] .

والثاني : أنه يتعينُّ ؛ فلا يجزئه قبلَه ، وإنْ أَخَّر عنه كان قضاءً [٥] .

ولا خلاف [في] [٦] أنه لا تَثْبت خواصّ رمضانَ لذلك اليوم المعينّ [٧] بل يجوز فيه صومٌ

= المكث لا يشترط في كونه عبادة) معناه على ما أَشْعر به كلامُه في « البسيط » أنه لا يشترط المكث في صحة الاعتكاف بل تكفي المرورية ، ولكن هل يشترط المكث في الوفاء بالنذر عند إطلاقه ؟ فيه خلافٌ من حيث إن لفظ الناذر في العرف ، يُفْهم منه المكث ، وهذا حاصلُه أن الخلاف في النذر مرتبًا في اشتراط المكث في صحة أصل الاعتكاف خلافٌ أيضًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٤ / ب) .

(١) في (أ) ، (ب) : « التَّبْييت » . (٢) أي نوى الصيام بعد طلوع الفجر .

(٣) كلمة : « إنه » ليست في (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « كتعين المكان والصلاة للمسجد » .

وقال ابن الصلاح : « قولُه فيما إذا عين يومًا في نذر الصوم : (فيه وجهان أحدهما : أنه لا يتعين ، وتعينُ الزمان كتعين المكان ، والمسجد للصلاة) معناه كتعين المكان للصوم ، فإنه لا يتعين قطعًا ، فاعلَمْ ذلك » .

وأما تعيين المسجد للصلاة ففيه تفصيل ذكره فيما بعد ، وقد اضطربت فيه المصنفات . وما أكثر اضطرابها في باب « النذر » !! . وفي « تعليق » القاضي حسين أنه لو نذر أن يصلي ركعتين في المسجد الجامع ، جاز له أن يُصلي في كل موضع حتى في وسط السوق ، قال : وفيه إشكال . قال المصنف [يعني ابن الصلاح] : وهذا من أبلغ ما يتمسك به في مسألة الصوم ، وإن كان في نفسه بعيدًا ، والأظهرُ أنه يتعين من ذلك كلُّ ما فيه فضيلةٌ والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ق ١٨٥ / أ) .

(٥) وهذا الوجه هو المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وعليه فإن أخَّر بلا عذر ، أثم . وإن أخّر بعذرِ مرضٍ أو سفرٍ لم يأثم . انظر الروضة (٣ / ٣٠٨) .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (لا تثبت خواصُّ صومِ رمضان لذلك اليوم المعين ، هي مثل كفارة الوقاع ، وعدم قبول صوم آخر ، وكذا وجوب الإمساك عند الإفطار على الأصح ، والله أعلم » . المشكل (ق ١٨٥ / أ) . =

آخر بمعنى أنه ينعقد . ولو نذر شهرًا لم يلزمه التتابعُ ، إلا أن يلتزمه . ولو عيَّنَ الشهر فقال : عليّ صومُ رجبٍ متتابِعًا ، ففي وجوبِ التتابع في قضائه وجهان :

أحدهما : أنه يجب ؛ لأنه التزم (١) .

والثاني : لا ، كقضاء رمضان ؛ فإنَّ ذِكْرَ التتابعِ – مع تعيين الشهر – لَغْوٌ ، فإنّ التتابعَ يقع ضرورةً في الشهر المعين .

ولو شَرَطَ التفرّقَ في الصوم لم يلزمه على الأصح (٢) ؛ لأنه ليس وصفا مقصودًا ، ولم يُعَيِّنْ للصوم وقتًا حتى يُخَرَّجَ على الخلاف المشهور في تعيين الوقت . ولو قال : عليّ صومُ هذه السنةِ ، يكفيه أن يصوم جميعَها ، ويَنْحَطُّ عنه صومُ رمضان ، وأيامُ العيد ، والتشريق (٣) . وهل يلزمها قضاءُ أيام الحيض (٤) ، أو ما أفطر بالمرض ؟ ففيه خلاف (٥) ، ومن لم يُوجِبْ ، فكأنه قال : [النذر] (٦) يَجْري مُجْرَى الشرعِ ، والشرعُ لايُوجب عليه صومَ هذه الأيامِ . أما ما أفطر في السفر ، فالظاهر أنه يقضى (٧) ؛ إذْ يظهر فيه أن الشرعَ أوجب ، لكن السفر اقتضى التخييرَ بينه

= يعني أنه إذا جامع في هذا اليوم ، لم تلزمه الكفارة . وإذا أفطر فيه ، فلا يجب عليه الإمساكُ بقيةَ اليوم . وإذا صام هذا اليومَ بنيّة القضاءِ ليوم كان عليه ، أو لكفارةٍ عليه : صَحَّ . انظر الروضة (٣ / ٣٠٩) .

(١) وهذا الوجه أصحهما ، وبه قطع العراقيون ، أنه يجب ، حتى لو أفسد يومًا لزمه الاستئناف ، وإذا فات قضاه متتابعًا . انظر الروضة (٣ / ٣١٠) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (لو شرط التفرق في الصوم) مثاله أن يقول : لله علي صومُ عشرةِ أيامٍ متفرقةٍ ، فعلى وجه : يلزمه التفريقُ كما لو قال : عشرة أيام متفرقةٍ أولُها اليومُ الأول من الشهر ، والثاني اليوم الرابع ، وهكذا إلى آخرها فإنه يلزم ذلك على الصحيح في أنَّ الوقت يتعينُّ بالتعين . والأصح أن التفريق لا يلزم هاهنا وجها واحدًا ؛ لأنه أورد النذر على نفس التفرق ، وليس مقصودًا ؛ فإنه لا قربةَ فيه ، وهناك أورد النذر على الأيام بوصف التفريق ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ١٨٥ /أ) .

(٣) والمذهب : أنه يحرم صومُ يومِ العيد ، وكذا أيام التشريق .

(٤) والجمهور من الشافعية على أنه لا يجب قضاؤها ، كالعيد . الروضة (٣ / ٣١٠) .

(٥) فيه وجهان كالحيض .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) وهو المذهب كما في الروضة (٣ / ٣١١) .

وبين عدةٍ (١) من أيام أُخَر (٢) .

أما إذا قال : لله علي صومُ سنةٍ ، فيلزمه اثنا عشر شهرًا بالأهلة ، ولو ابتدأ من المحرم إلى المحرَّم لا يكفيه ، بل يلزمه قضاءُ أيامِ رمضان والعيدين (٣) . وفيه وجه أنه يكفيه ، وهو بعيد .

اللفظ الثالث : إذا قال : لله علي أنْ أصوم يَوْمَ يقدُمُ [فيه] (٤) فلانٌ ، فقدم ليلًا : لم يلزمه شيءٌ ؛ لأنه قَرَنَ اليومَ في نذره بالقدومِ ولم يُوجَد . ولو قدم في أثناء النهار ، فَنُقَدِّم على هذا أصلًا ، وهو أنَّ من أصبح صائمًا تطوعًا ، فَنَذَرَ إتمامَ ذلك اليوم : لزمه . ولو أصبح مُمْسكًا فالتطوعُ ممكنٌ بإنشاء النية ، فلو نذر أن يصوم ذلك اليوم لزمه على الأصح وإن قلنا : إن النذر المطلق يُنَزَّل على واجب الشرع ؛ لأن هذا مُقَيَّد ، ولهذا قطعوا بأنه لو قال : لله علي ركعةٌ واحدةٌ ، لزمتْه . والعجبُ أنهم قالوا : لو قال : لله عليّ أنْ أُصلي قاعدًا ، وهو قادرٌ على القيام ، يلزمه القيامُ على أحد القولين (٥) ، وأخذوا يُفَرِّقون بين ركعة وبين القيام ، والفرقُ غيرُ ممكنٍ (٦) .

---

(١) في (ب) : « المدة » .

(٢) قال ابن الصلاح : « شَرْحُ ما ذكرَه في قضاء أيام الإفطار بالحيض ، أو المرض ، أو السفر فيما إذا نذر صومَ سنةٍ معينة ، أما القول بعدم وجوب القضاء أيام الحيض والمرض ، فوجهُه : أن النذر يجري مجرى الشرع ، والشرعُ لم يوجب صَوْمَ هذه الأيام فلا يكون بالنذر ملتزِمًا لصومها ، والقضاء هناك وجب بأمر متجدد ، وهاهنا لم يوجد منه في ذلك نذرٌ مجددٌ .

وأما وجوب قضاء أيام الفطر في السفر ، فالخلافُ فيه مرتبٌ على الخلاف في أيام الحيض والمرض ، وهو في السفر أولى بأن لا يجب ؛ لأن الإيجاب الشرعي في رمضان يشمل السفر ، ولكن على التخيير بينه وبين عدة من أيام أخر ، ولهذا لو صام في السفر أجزأه بخلاف أيام الحيض ، فلذلك يشمله الإيجاب بالنذر ، وأما زمان المرض فهو كزمان الحيض : إن كان بحيث يخشى فيه من الصوم الهلاكَ أو الضرر العظيمَ فإنه يَعْصى حينئذ بترك الأكل ، ولا يجوز له الصوم ، وأما إذا لم يكن كذلك فيحتاج فيه إلى فرقٍ غير ذلك ، وهو أن المرض ينشأ بغير اختياره ، والسفر يُنْشِئُه باختياره فلم يمنع شمول الإيجاب له ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٥ / ب) .

(٣) وهو المذهب . انظر الروضة (٣ / ٣١١) .　　(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في الروضة (٣ / ٣٠٩) : « لو نذر أن يصلي قاعدًا – وهو قادر على القيام – جاز القعود قطعًا ، فإن صلى قائمًا فهو أفضل .

(٦) قال ابن الصلاح : « ذكر أن الخلاف في أن النذر ، هل يُنَزَّل على واجبِ الشرع أو جائزِه ؟ مخصوصٌ بالنذر =

أما إذا نذر صومَ بعضِ اليومِ ، فوجهان :

أحدهما : أنه يلغو (١) ؛ لأنه التزم محالًا (٢) .

والثاني : أنه يصحُّ ، ويلزمه أن يَضُمَّ إليه بقيةَ اليوم ؛ ليصحَّ البعضُ مع البقية . وعلى هذا يُخَرَّج ما لو نذر ركوعًا أو سجودًا ، أنه يلغو ؟ أو تلزمه صلاةٌ ؟ .

ولم يذهب أحدٌ إلى أن السجدة وحدها تلزم بالنذر ، فإنها ليست عبادة إلا مقرونةً بسببٍ كالتلاوة (٣) .

رجعنا إلى مسألتنا ، قطعَ الأصحابُ بأنه لا يخرج عن النذر بصوم ذلك اليوم وإن أَصبح ممسكًا وكان قبل الزوال ، وهذا مَيْلٌ إلى أنه لو نذر صومَ يومٍ لم يكْفِه إنشاءُ النية نهارًا ، وإن كفاه إذا لم يذكر اليوم ، وذَكَرَ مجرّدَ الصومِ .

ثم هل يلزمه صومُ يومٍ آخر (٤) ؟ فيه قولان اختلفوا في أصلهما (٥) ، منهم من قال : أصلُه أنَّ

= المطلق دون النذر المقيد ، فلو قال : لله عليّ أن أصلي ركعةً لزمه ، قال : (والعجبُ أنهم قالوا : لو قال لله علي أن أصلي قاعدًا وهو قادر على القيام لزمه القيامُ على أحد القولين ، وأخذوا يُفرِّقون بين الركعة والقيام ، والفرقُ غيرُ ممكنٍ) قال ابن الصلاح (رضي الله عنه) : بل بينهما فرقٌ لا بأس به ، وهو أن القعود صفةٌ أفردها بالذكر وقَصَدَها بالنذر ولا قربة فيها ، فَلَغَتْ الصفةُ ، وبَقِيَ قولُه : « أُصلي » فالتحق بما لو قال : « أصلي » مقتصرًا عليه فيلزمه القيام على أحد القولين [وليس] كذلك قوله : ركعة ؛ فإنها نفس المنذور ، وهي قربةٌ بوصفه إفرادها ليست مذكورة ولا منذورة والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٦ / أ) .

(١) في (أ) ، (ب) : « أنه لغو » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٣ / ٣١٣) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولم يذهب أحدٌ إلى أن السجدة وحدها تلزم بالنذر ، فإنها ليست عبادةً إلا مقرونةً بسببٍ كالتلاوة) فقولُه : (لم يذهب أحد) غَيْرُ مرضِيٍّ ؛ فإن ذلك وَجْهٌ مَحْكيّ ، وقد سبق منه في كتاب الصلاة ذِكْرُ ترددٍ في استحباب التقرب بسجدة من غير سبب ، والقطعُ بالمنع منسوبٌ هناك إلى الشيخ أبي محمد ، وهكذا المنع هاهنا منسوب في « النهاية » و « البسيط » إلى الشيخ أبي محمد من غير تَعَرّضٍ للنّفيِ المطلق عن كل أحد ، وذلك هو الصواب والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٦ / أ) .

(٤) في الروضة (٣ / ٣١٥) أنه يلزمه صوم يوم آخر .

(٥) قال ابن الصلاح : « ذكر فيما إذا نذر صوم اليوم الذي يقدم فيه فلانٌ ، فقدم نهارًا (أنه هل يلزمه صومُ يومٍ آخر ؟ =

مَنْ نذر صومَ بعضِ يومٍ ، هل يلزمه يومٌ كامل ؟ . ومنهم من قال : لا ، بل أصله أنَّ قولَه : يوم يَقْدم فلان ، محمولٌ على يوم القدوم من أوله ، أو من وقت قدومه [1] ؟ فإن قلنا : إنه من أوله ، لزمه صومُ يومٍ . وإن قلنا : إنه من وقت القدوم ، فهو محال ، لا يلزمه شيءٌ ؛ إذ نَذْرُ صومِ بعضِ اليوم لاغٍ على الصحيح ؛ إذ قطعوا بأنه لو نذر حجَّ هذه السنةِ ، ولم يَبْقَ من الوقت إلا يومٌ وهو على مائة فرسخ بطل النذر [2] . ويتبين أثر هذا البناءِ في العتق ، فإذا قال : عبدي حرٌّ يومَ يقدمُ فلانٌ ، فباعَه ضحوةً ، ثم قدم ذلك اليومَ ، فإن قلنا بالاستناد [3] تبينَّ بطلانُ البيعِ [4] ، وإلا فالبيعُ نافذٌ ؛ لِتقَدُّمِه على القدوم .

التفريع : إن قلنا : يلزمه ، ثم يظهر [5] بالعلامة أنه يقدم غدًا فنوى ليلًا ؛ قال القفال : لا

= فيه قولان) عَبَّرَ غَيْرُه عنهما بأنه هل انعقد نَذْرُه ذلك أو لم ينعقد ؟ ثم ذكر أنهم اختلفوا في أصلهما ، فمنهم من قال : أصلهما الخلافُ فيما إذا نذر صومَ بعضِ يومٍ ، فمنهم من قال : إن أصله ذلك يستند إلى أول النهار ، أو إلى آخره . هذا مما وقع في نقله له تعسرٌ غير مَرضِيٍّ :

أما أولًا : فالخلافُ في صحة نذر بعض اليوم ، وهو وجهان عنده وعند غيره ، والقولان لا يستقيم بناؤهما على الوجهين ، وقد ذكر الفوراني هذه الطريقةَ وجعل الخلاف في نذر بعض اليوم قولين ، وكأنهما قولان مستنبطان .

وأما ثانيًا : فإنه في تقريره الطريقة التالية رجع بآخرة إلى الطريقة الأولى في اسْتِرْوَاحه إلى أن الصحيح أَنَّ نَذْرَ بعض اليوم لاغٍ ، وهذه الطريقة متقررة بدون ذلك . وذلك أنا نقرر القول بالوجوب في ذلك نذر منه للصوم من أول النهار ، ووصْفُ القدوم للتعريف لا للشرط ، والوفاءُ بالصوم من أول النهار ممكنٌ بأنْ يُخْبَرَ ليلًا ، بقدومه نهارًا ، فينوي ليلًا ، ونقول في تقرير القول الآخر : القدوم شرط لنذره ، فكأنه قال : إذا قدم فقد نذرتُ صومَ يومِ قدومه ، فيكون فيه نذرٌ منه لِما مضى ، وذلك مُحالٌ ، فيفسد نَذْرُه من أصله ، أو نقول ما قاله الإمام أبو المعالي : إنه نذر لصومِ يومٍ في بعض يوم ، وذلك مستحيلٌ ، وليس هذا من قبيل ما إذا نذر بعضَ اليوم مُقْتصرًا عليه حيث صححناه على وجه ، وجعلناه متضمنًا صَوْمَ اليومِ أجمع لانتفاء ما قد بيناه من المحال فيه ، فَبَانَ بهذا إطراحُ ما اسْتَرْوَحَ إليه وضَعْفُ الطريقة المذكورة أولًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٦ / ب) .

(١) الأصح أنه محمولٌ على أنه من أول اليوم . انظر الروضة (٣ / ٣١٤) .

(٢) والمذهب أنه لا ينعقد نذره ولا شيءَ عليه . انظر الروضة (٣ / ٣١٤) .

(٣) يعني بالاستناد إلى أول اليوم .

(٤) والأصح : بطلانُ البيعِ وحصولُ حريةِ العبد . انظر الروضة (٣ / ٣١٥) .

(٥) في (أ) : « ثم ظهر » ، وهو أليق .

يصح التردّدُ ، وقال غيره : يصحُّ ، للعلامةِ وللتشوُّفِ إلى الوفاء بالملتزم . وترددوا في أنه هل يلزمه الإمساكُ في ذلك اليوم ، إذا أصبح مُمْسِكًا ؟ فإن قلنا : يجب القضاءُ ، فعليه الإمساكُ ، وإلا فلا .

ولو كان صائمًا ذلك اليومَ عن / نذرٍ آخر ، فالأَوْلى أن يَقْضي ذلك النذر [١] ؛ لأنه تَطَرَّق ٢٨٦/أ إليه نوعٌ من الاشتراك [٢] .

اللفظ الرابع : إذا قال : لله عليّ أنْ أصوم اليومَ الذي يقدم فيه فلانٌ أبدًا ، فقدم يومَ الاثنين لزمه صوم الأثانين أبدًا تفريعًا على الأصحّ في أن الوقت يتعينٌ بالتعيين في الصوم ، وكذلك من نذر صوم الأثانين أبدًا ، لزمه . ثم لو وافقَ يومَ حيضٍ أو مرضٍ ، ففي القضاءِ الخلافُ الذي ذكرناه في السَّنَة [٣] ، هذا إذا كان لا يغلب وقوعُ الأثانين في الحيض ، فإن كانت تحيض عشرًا عشرًا فلابدَّ وأن يتناول اثنين ، فالمذهبُ أنه لا يجب القضاءُ ؛ لأن نذر أيام الحيض لاغٍ ، وقد تناول بنذره أيامَ الحيض ، ومنهم من طرد الخلافَ ؛ لأن الحيض يطول ويقصر . ولو صادفَ يومَ عيدٍ ، فإسقاطُ القضاءِ أظهر ، لأنه كالمتعينٌ ، ومنهم من قال : الهلالُ يختلف ويُتَصور فيه التقدم والتأخر ؛ فيجب القضاءُ ؛ فإنّ يوم [٤] حيضها في علم الله تعالى أيضًا متعينٌ ، أما الأثانين الواقعة في دور رمضان فلا يجب القضاءُ قطْعًا ، إذ لابد من وقوع أربع أثانين فيه ، أما الخامس فيخرج على الخلاف [٥] . ولو كان قد لزمه مِنْ قَبْلُ صَوْمُ شهرين متتابعين لكفارة [٦] ، ثم نذر الأثانين : لم يلزمه قضاءُ ما فات في الصوم المتتابع كرمضان ، وفيه وجه أنه يَقْضي ؛ كما لو لزمه صومُ الشهرين بعد النذر ، فإنه يقضي ؛ لأنه أَدْخَل سببَ الكفارةِ على نفسه [٧] .

---

(١) أي يتم صوم اليوم لذلك النذر الأول ، ثم يقضي يومًا آخر عن نذره الأخير .

(٢) قال ابن الصلاح : « ما ذكره فيما إذا كان صائمًا ذلك اليوم عن نذر آخر من أن (الأولى أن يَقْضي ذلك النذر ؛ لأنه تطرّقَ إليه نوعٌ من الاشتراك) هذا قد نصَّ عليه الشافعي في « المختصر » ، والاشتراكُ الذي فيه ، هو أنه يوم استحق صومه عن نَذْرين ، والله أعلم » . مشكل (جـ٢ ق ١٨٦ / ب) .

(٣) والأظهر أنها لا تقضي . انظر الروضة : (٣ / ٣١٦ ، ٣١٧) .

(٤) كلمة : « يوم » ساقطة من (أ) .

(٥) والأظهر أنه لا قضاء كما في الروضة (٣ / ٣١٦) .

(٦) في (ب) : « بكفارة » .

(٧) قال ابن الصلاح : « ذكر أنه لو نذر صوم الأثانين وكان قد لزمته كفارةٌ لصوم شهرين متتابعين ، فما فاته منها =

اللفظ الخامس : إذا نذر صومَ الدهرِ ، لزمه ، وقوله [1] ﷺ : « من صام الدهر فلا صام » [2] أراد به أن لا يفطر أيام العيدين [3] ، ثم له الترخيصُ [4] بعذرِ السفرِ والمرض ، ولا قضاءَ ؛ إذ لايمكنُ القضاءُ ؛ لأن الدهر مستغرقٌ . ولو أفطر عمدًا لزمه القضاءُ ، وتعذَّر ؛ لاستغراقِ الدهرِ ، فعليه المدُّ . فإن نوى القضاء في يوم انعقد قضاؤه ، ولكن فاته في ذلك اليومِ الأداءُ ، فعليه المدُّ لذلك اليوم . أما إذا عيَّن نَذْرَ يوم العيد لغا نذره عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة

= بصوم الكفارة ، لا يلزمه قضاؤه ، قال : (وفيه وجه أنه يقضي كما لو لزمه صومُ شهرين بعد النذر فإنه يقضي ؛ لأنه أدخل سببَ الكفارة على نفسِه) هذا التعليلُ إنما هو للصورة الثانية ، وذلك مُبَيَّنٌ في « البسيط » وهو تعليل الشافعي في « المختصر » ولفظُه : « لأنَّ هذا شيءٌ أَدْخَلَه على نفسه بعد ما وجب عليه صومُ الاثنين » وليس فيه اقتضاءٌ للجمع القياسي بين الصورتين ، بل فيه اقتضاء للفرق ، ووجهُ الجمع هو أنه أمكنه في الصورتين صيامُ أيام الاثنين عن نذره لها ، فإنه لو صامها عن النذر أجزأت عنه ، فلما فَوَّتَ ذلك بصوم الكفارة لزمه القضاءُ ، وهذا قولٌ نقلَه الربيع والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٨ / أ) .

(١) في الأصل « لقوله » والصواب ما في (أ) ، (ب) وهو المثبت .

(٢) حديث صحيح رواه مسلم (٢ / ٨١٩) (١٣) كتاب « الصيام » (٣٦) باب « استحباب صيام ثلاثة أيام من كل شهر .... » حديث (١٩٧) حديث الباب بإسناده عن أبي قتادة الأنصاري وفيه « فسئل عن صيام الدهر ؟ فقال : « لا صام ولا أفطر » أو « ما صام وما أفطر » .... » الحديث .

وروواه البخاري في صحيحه (٣/ ٢٦٠) (٣٠) كتاب « الصوم » (٥٧) باب « حق الأهل في الصوم » حديث (١٩٧٧) بإسناده عن عبد الله بن عمرو مرفوعًا بلفظ : « لا صام من صام الأبد » مرتين ورواه مسلم أيضًا في صحيحه (٢ / ٨١٥) (١٣) « كتاب الصيام » (٣٥) باب « النهي عن صوم الدهر لمن تضرر به أو فوَّت به حقًّا » حديث (١١٩٥) بإسناده عن عبد الله بن عمرو أيضًا .

(٣) وقال ابن الصلاح (رحمه الله) : « قال : (وقوله ﷺ : (من صام الدهر فلا صام) أراد به أن لا يفطر أيام العيدين) هذا الحديث رواه مسلم في صحيحه من حديث أبي قتادة وفيه « فلا صام ولا أفطر » وفي الصحيحين من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص (رضي الله عنهم) « لا صام من صام الدهر » . والتأويلُ المذكورُ ذكره غَيْرُه ، ويرد عليه أن يطلق عليه صوم الدهر مع الإفطار في أيام النهي ، ومما يدل عليه ما رويناه في السنن الكبير عن عائشة (رضي الله عنها) أنها كانت تصوم الدهر في السفر والحضر فالنهيُ إذن مخصوصٌ بمن كان يُضْعِفه ذلك ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٨ / أ) .

(٤) في (ب) : « الترخص » .

(رحمه الله) وهو عندنا كنذر يوم الحيض [1] .

وفي نذر يوم الشك ، ونذر الصلاة في الأوقات المكروهةِ خلافٌ [2] ، وكذلك في أيام التشريق إن قلنا : إنه يُقْبل صومُ المتمتِّع [3] .

* * *

(١) **مذهب الشافعية** : أن النذر لا ينعقد في المعصية ، ولا يلزمه به شيء ، حتى لو نذر صومَ يومِ العيد ، لا يجب عليه شيء من كفارة أو قضاء ، وهو مذهب المالكية أيضًا . انظر : الأم (٢/ ٢٥٩) . شرح السنة (١٠ / ٣٣) . المنهاج ص (١٤٧) . الروضة (٣ / ٣١٩) . الكافي ص (١٢٨) . القوانين الفقهية (١٧٣) .

ومذهب الحنفية : أن من أوجب على نفسه صومَ يوم الفطر أو النحر أو أيام التشريق : أفطر ما أوجب على نفسه صَوْمَه من ذلك ، وقضى مثلَه من الأيام التي يَحِلُّ صَوْمُها ، وعليه – في قول أبي حنيفة ومحمد – كفارةُ يمينٍ إن كان أراد يمينًا ، وقال زفر : لا شيء عليه .

ومذهب الحنابلة : أن نذر المعصية كصوم العيد لا يجوز الوفاء به ، ويكفر عن يمينه ، وفي « دليل الطالب » : أنه يقضي هذا الصوم .

وقال ابن قدامة في المقنع : ويحتمل ألا ينعقد النذر المباح ولا المعصية ولا تجب به كفارة . انظر : مختصر الطحاوي ص (٣٢٥ . الاختيار (٤ / ٧٨) . المقنع ص (٣٢٣) . زاد المستقنع ص (١٣٧) . دليل الطالب ص (٢٧٣) . منار السبيل (٢ / ٤٤٩) .

(٢) والأصح أنه لا ينعقد . انظر الروضة (٣ / ٣١٩) .

(٣) والمذهب أنه لا ينعقد نذرُ أيامِ التشريق . انظر الروضة (٣ / ٣١٩) .

في (ب) : « .... إن قلنا : إنها تقبل صوم التمتع » .

النوع الثاني

الحج

ومن نذر الحجَّ لزمه . فإن نذر ماشيًا ففي لزوم المشيِ قولان [١] ؛ بناءً على أن الأفضلَ هو الركوبُ أو المشيُ [٢] ؟ فإن قلنا : المشيُ أفضلُ ، لزمه ؛ لأنه صار وصفًا للعبادة [٣] . ثم النظرُ فيه في ثلاثة أمور :

الأول : في وقت المشي ، فلو نذر المشيَ من دويرة أهله قبل الإحرام ، ففي لزومه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنَّ المشي قبل الإحرام ليس بعبادة [٤] .

والثاني : نعم ؛ لأنّ الحج ماشيًا كذلك يكون [٥] .

فإن قلنا : يلزم [٦] ، فلو أطلق [٧] وقال : أَحجُّ ماشيًا ، أو أمشي حاجًّا ، ففيه [ثلاثة] [٨] أوجه :

أحدها : أنه يحمل اللفظ على العادة فيلزم المشي من دويرة أهله .

والثاني : يحمل على الحقيقة ، والحجُّ من وقت الإحرام [٩] .

والثالث : أنه إنْ قال : أحج ماشيًا ، فمن وقتِ الإحرام ، وإن قال : أمشي حاجًّا ، معناه

---

(١) والأظهر لزومُ المشيِ كما في الروضة (٣ / ٣١٩) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « هو المشي أو الركوب » .

(٣) رجح النووي (رحمه الله) أن الركوبَ هو الأفضلُ إلا إذا نذرَ المشي . انظر الروضة (٣ / ٣١٩) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (المشي قبل الإحرام ليس بعبادة) وجهه أن المشي في نفسه ليس بقربة وإنما يَصير قربةً مع الإحرام . وهذا له التفاتٌ إلى أحد القولين في أن الأجير إذا مات قبل الإحرام لم يستحقَّ شيئًا من الأجرة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٨ / أ) .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٣ / ٣٢٠) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « يلزمه » .

(٧) أي لم يعين مكانًا للمشي .

(٨) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٩) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (٣ / ٣٢٠) .

قاصدًا للحج [١] ، فمن دويرة أهله .

وأما في آخر الحج ، فله الركوبُ بعد التحللينِ ، وهل له ذلك بينهما ؟ فيه وجهان .

النظر الثاني : لو فاته الحجُّ بعد الشروع ، أو فسد عليه بالجماع ، لزمه لقاءُ البيت . وفي لزوم المشي وجهان ، من حيث إن هذا غير واقع عن المنذور ولكنه من لوازمه .

النظر الثالث : لو تركَ المشْيَ بعذر ، وقع الحجُّ عن نذره ، وإنْ ترك [٢] بغير عذرٍ فقولان :

أحدهما : لا ؛ لأنه ما أتى بالموصوف .

والثاني : وهو الأظهر ، أنه يقع [٣] ؛ لأنه أتى بالأصل . لكن هل يلزمه الفديةُ بترك المشْيِ ؟ فيه ثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : لا ؛ لأنه ليس المشيُ من الأبعاض في الحج .

والثاني : نعم ؛ إذْ لا معنى للبعض إلا واجب لا يجوز تركه [٤] .

والثالث : أنه تجب إن تركه عمدًا ، وإن تركه بعذرٍ لم تجب .

فروع

أحدها : لو ركب في بعض الطريق ومشى في بعض ، قال الشافعي (رضي الله عنه) : إذا عاد للقضاء مشى حيث ركب ، وركب حيث مشى . وهذا تفريعٌ على لزوم القضاء ، فكأنه وقع الحج الأولُ عنه ، وبقي المشيُ الواجبُ ، فلم يمكن [٥] قضاؤه مفردًا ، فقضى بالحج له و كفاه بعض المشي لذلك ، ومنهم من قال : وَجَب المشي في جميعه ؛ لأنّ الأول لم يقع عنه [٦] .

---

(١) في (ب) : « قاصدًا الحج » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وإن تركه » .

(٣) أي يقع هذا الحج عن نذره ، وتبرأ ذمته به .

(٤) وهذا هو الأظهر المشهور أنه يلزمه شاة . انظر الروضة (٣ / ٣٢١) .

(٥) في (أ) : « فلا يمكن » .

(٦) وهذا قول قديم للشافعي (رحمه الله) كما في الروضة (٣ / ٣٢١) . وفي شرح السنة (١٠ / ٢٨) أن الأصح أنه لا قضاء عليه كما لو ركب لِعَجْزٍ .

الثاني : لو قال : لله على أن أَحجَّ عامي هذا ، تعينَّ الوقتُ له كما في الصوم . فلو امتنع بعذر ، ففي القضاء خلافٌ كما في الصوم / وفي الإحصار خلافٌ مرتب ، وأولى أن لا يجب القضاءُ ، ونصَّ الشافعي (رضي الله عنه) في الإحصار : أنه لا يجب القضَاءُ [1] . والآخرُ تخريجُ ابنِ سريج . ٢٨٦/ب

الثالث : لو قال : لله على أنْ أحج راكبًا ، وقلنا : إن الركوبَ أفضلُ ، فالقولُ فيه كالقولِ في المشي [2] .

* * *

(١) انظر الأم (٢ / ٢٥٩) ، (٢ / ٧٠) ، مختصر المزني ص (٢٧٩) . معرفة السنن والآثار (٧ / ٤٨٩) .

(٢) أي يلزمه الوفاء بالحج راكبًا ، فإن مشى فعليه دم . انظر الروضة (٣ / ٣٢٣) .

النوع الثالث

إتيان المساجد

إذا نذر إتيانَ مسجدٍ سوى المسجد الحرام والمدينة وبيت المقدس لم يلزْمه شيءٌ، قال رسول الله ﷺ : « لا تُشَدُّ الرِّحَال إلا إلى ثلاث : مسجد الحرامِ ، ومسجدي هذا ، ومسجد إيلياء » (١) أي المسجد الأقصى (٢) ، وهذا لا يُوجب تحريمًا وكراهيةً في شدِّ الرحال إلى غيره على الصحيح ، بل بيَّن أنَّ القربة هذا فقط ، أما إذا نذر إتيانَ مسجدِ بيتِ المقدس ، أو مسجد المدينة ، ففي اللزوم قولان :

أحدهما : لا ؛ إذ لا يتعلَّق بهما نُسُك (٣) .

والثاني : نعم ؛ لأنّ لهما اختصاصًا بالقربة على الجملة . فإن قلنا : يلزم ، فهل يجب أن يَضُمّ إليه قربةً [أخرى] (٤) من اعتكافٍ أو صلاةٍ ؟ فيه وجهان .

---

(١) حديث صحيح : رواه البخاري (٣ / ٧٦) (٢٠) كتاب « فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة » (١) باب « فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة » حديث (١١٨٩) بإسناده عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : « لا تشد الرحال إلا لثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، ومسجد الرسول ﷺ ، ومسجد الأقصى » .

ورواه مسلم (٢ / ١٠١٤) (١٥) كتاب « الحج » (٩٥) باب « لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد » حديث (١٣٩٧) . ورواه أبو داود (٢ / ٥٢٩) حديث (٢٠٣٣) . والنسائي (٢ / ٣٧) . وابن ماجه (١ / ٤٥٢) حديث (١٤٠٩) ، جميعًا من طرق عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة مرفوعًا به .

(٢) قال ابن الصلاح : « حديث « لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، ومسجدي ، والمسجد الأقصى » ثابت في الصحيحين من حديث أبى هريرة وأبي سعيد (رضي الله عنهما) وأكثرُ الروايات « تُشَدُّ » بضم التاء على ما لم يُسَمَّ فاعلُه وهذا أقبل لما ذكره من أنه للقربة ولا تحريم فيه ولا كراهة ، وفي رواية لمسلم عن أبي سعيد « لا تَشُدُّوا » مُسَمَّى الفاعل . و « إِلِيَاء » بهمزة مكسورة بعدها ياء مثناة من تحت ساكنة ثم لام مكسورة ثم ياء مثناة من تحت مفتوحة ، ثم ألف ممدودة . وحُكِيَ فيها القصر أيضًا قيل معناه : بيت الله ، والله أعلم » المشكل (جـ ٢ ق ١٨٨ / أ) .

(٣) وهذا القول هو الأظهر عند العراقيين وغيرهم من الشافعية كما في الروضة (٣ / ٣٢٥) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

أحدهما : أنه يلزم ؛ إذ يَبْعُد أن يكفي الاجتيازُ به (١) .

والثاني : أنه لا يلزم إلا ما التزم ، فهو مجردُ زيارةٍ كزيارة العلماء والقبور . فإن قلنا : تجب (٢) ، ففيه ثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : أنه يجب فيه الاعتكافُ ؛ لأنه أخصُّ بالمسجد .

والثاني : تجب الصلاة ، ولو ركعة واحدة (٣) ؛ لأنَّه (٤) أَظْهر فضيلةَ هذه المساجدِ بها ، فقال ﷺ : « صلاةٌ في مسجدي هذا تَعْدِل ألفَ صلاةٍ في غيره ، وصلاةٌ في مسجد إيلياء تعدل ألفَ صلاةٍ في غيره ، وصلاةٌ في المسجد الحرام تعدل مائةَ ألف صلاة في غيره » (٥) .

---

(١) وهذا الوجه هو أصحهما ؛ إذ الإتيان المجرد ليس بقربة . انظر روضة الطالبين (٣ / ٣٢٥) .

(٢) أي يجب أن يضم إلى الإتيان قربةً أخرى من صلاة أو اعتكاف أو غيرها .

(٣) كلمة : « واحدة » ليست في (أ) ، (ب) .

(٤) يعني النبي ﷺ .

(٥) قال ابن الصلاح : « ما ذكره في فضيلة الصلاة في المساجد الثلاثة قد ساقَه مَساقَ حديثٍ واحد وهو - هكذا بتمامه - غيرُ ثابتٍ فيما نعلم . وصحَّ في المسجد الحرام ومسجد المدينة أنَّ رسول الله ﷺ قال : « صلاة في مسجدي هذا أفضلُ من ألف صلاة فيما سواه من المساجد إلا المسجد الحرام » أخرجه مسلم في صحيحه بهذا اللفظ من حديث أبي هريرة ، وصَحَّ مثلُه من وجوه ، وأما المسجد الأقصى ففيه حديثُ ميمونة مولاة رسول الله ﷺ أنها قالت : قلتُ : يا رسول الله أَفْتِنا في بيت المقدس قال : « أرض المحشر والمنشر ، إيتوه فصلّوا فيه ؛ فإن صلاة فيه كألف صلاة في غيره » أخرجه ابن ماجة ولم يخرج في الأصول الخمسة . والحديثُ الصحيحُ الذي ذكرناه في مسجد المدينة يأباه وما فيه من الحصر لا يكاد مثلُه يقبل التخصيصَ ، وهو يبطل ما ذكره من بَعْدُ في نذر الصلاة في المساجد من التعديل بين مسجد المدينة والمسجد الأقصى والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ق ١٨٨ / ب) بين ابن الصلاح (رحمه الله) أن الحديث الذي أورده الغزالي لم يصح هكذا كما أورده ، وقد صحَّ منه ما رواه البخاري في صحيحه (٣ / ٧٦) (٢٠) كتاب « فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة » حديث (١١٩٠) بإسناده عن أبي هريرة مرفوعًا بلفظ : « صلاة في مسجدي هذا خير من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام » . ورواه مسلم (٢ / ١٠١٢) (١٥) كتاب « الحج » (٩٤) باب « فضل الصلاة بمسجدي مكة والمدينة » حديث (١٣٩٤) . ورواه النسائي (٥ / ٢١٤) .

وأخرج ابن ماجه في سننه (١ / ٤٥٠) (٥) كتاب « إقامة الصلاة والسنة فيها » (١٩٥) باب « ما جاء في فضل الصلاة في المسجد الحرام ومسجد النبي ﷺ » حديث (١٤٠٦) بإسناده عن جابر مرفوعًا بلفظ : « صلاة في =

والثالث : أنه يتخيَّر بينهما[١] ، وزاد الشيخ أبو علي أنه يكفيه زيارةُ القبر في مسجد المدينة .

فرع : لو نذرالصلاةَ في مسجد المدينة وإيلياء ، قطع المراوزةُ باللزوم ، وحكى العراقيون طرد القولين في تعيين المسجد . ولو نذر المشْيَ إلى المسجدين ، ففي المشْيِ وجهان كما في المشي من دويرة أهله قبل الإحرام . وأما إذا نذر إتيانَ المسجدِ الحرام ، فيلزمه حجٌّ أو عمرةٌ إن قلنا : يُحْمل النذرُ على أقلِّ واجبٍ[٢] . وإن قلنا : يُحْمل على مجرد الاسم ، فلابُدَّ من إحرام إن قلنا : إن ذلك يجب بدخول مكة . وإن قلنا : لا يجب ، نُزِّلَ منزلة المسجدين ، فَيُخَرَّج اللزومُ بالنذر على قولين. ثم لا فرقَ بين لفظ المشي وبين قوله : آتي ، أو أَسير إليه ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يجب إلا بلفظ المشي .

ولا فرقَ بين أن يقول : إلى مكة ، أو الحرم ، أو المسجد ، أو مسجد الخيف ، وجميع مواضع الحرم.

ثم إن قلنا : يجب أن يُضَاف إلى الإتيان اعتكافٌ أو صلاةٌ ، فهاهنا تزيد العمرة والحج[٣] ؛ فإنهما أخصُّ به ، ولا يَبْعُد أن يُكْتفى بمجردِ طوافٍ ، وهو أيضًا أخصُّ من الاعتكاف . ولو قال : آتي عرفةَ ، لم يلزمه شيءٌ ؛ لأن ذلك ليس بقربة إذا لم يكن في حَجٍّ[٤] ، وقال القاضي : إن خطر له شهودُ يومِ عرفةَ مع الحجيج ، لم يبعد لزومُه ؛ لما فيه من البركة ، ولو نوى به الحجَّ لزمه الحجُّ و كذلك [لو قال][٥] إلى بيت الله تعالى فلا يلزمه شيءٌ ؛ لأن جميعَ المساجد بيتُ الله إلا إذا نوى به الكعبةَ .

= مسجدي أفضل من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام . وصلاة في المسجد الحرام أفضل من مائة ألف صلاة فيما سواه » . والحديث صححه الألباني كما في صحيح ابن ماجه (١ / ٢٣٦ وما بعدها) .

وأما الحديث الذي ذكره ابن الصلاح في مسجد بيت المقدس ، فرواه ابن ماجه (١ / ٤٥١) (٥) كتاب « إقامة الصلاة والسنة » (١٩٦) باب « ما جاء في الصلاة في مسجد بيت المقدس » حديث (١٤٠٧) . والحديث ضعفه الشيخ الألباني كما في ضعيف سنن ابن ماجه ص (١٠٤) وما بعدها .

(١) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٣ / ٣٢٥) .

(٢) وهذا هو المذهب . انظر الروضة (٣ / ٣٢٥) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « تزيد الحج والعمرة » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « الحج » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

النوع الرابع

تعيين المساجد

فإذا قال : لله عليَّ أن أُصلي الفرائضَ في المسجد ، لزمه إذا قلنا : إن صفة الفرائض تُفْرض [١] بالالتزام . أما إذا عيَّن مسجدًا لم يتعين إلا المساجدُ الثلاث . وهل يقوم بعضُها مقامَ بعضٍ في المسجد [٢] سوي المسجد الحرام ؟ فيه خلافٌ [٣] . منهم من قال : يقوم ؛ لأن النبي ﷺ سوَّى بينهما بالتعديل بألف صلاة ، وعلى هذا يقوم المسجدُ الحرامُ مقامَهما . ومنهم من قال : إذا عيَّن فلابُدَّ من التعينُّ . ومنهم من طرد هذا في المسجد الحرام وقال : لا يقوم مقامَ المسجدين .

ولا خلافَ أنه لو نذر ألفَ صلاةٍ لا تكفيه صلاةٌ واحدةٌ في هذه المساجد .

ولو نذر صلاةً في الكعبة جاز الصلاةُ في أرجاء المسجد [٤] .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « تفرد » .

(٢)في (أ) ، (ب) : « المسجدين » .

(٣) قال في الروضة (٣/ ٣٢٧) : « ويقوم مسجد المدينة مقام الأقصى دون عكسه ، وهذا هو الأصح ، ونص عليه في البويطي » .

(٤) في (أرجاء المسجد) يعني في أطرافه ونواحيه .

النوع الخامس

في الضحايا والهدايا

وقد ذكرناه في الحج ، ونتكلَّم الآن في ألفاظ خمسة :

الأول : لو نذر أن يتقرب بِسَوْقِ شاةٍ إلى مكة لزمه ولم يَكْفِه الذبْحُ في غير مكة [(١)] . ثم يلزمه التفرقةُ بمكة ؛ لأن التلطيخ وحدَه ليس بقربة ، وفيه وجه : أنه لا تلزمه التفرقةُ بها ، بل يجوز النَّقْل ؛ لأنه لم يلتزِمْه مقصودًا . وأما إذا لم يذكر لفظ الضحية ، ولا لفظًا يدلُّ على القربة ، بل قال : [لله] [(٢)] عليّ أنْ أذبَحَ بمكة ، فالأظهرُ أنه يلزمه ؛ لأنَّ اقترانَه بذكرِ اللهِ تعالى ومكةَ يُشْعِر بقصد التقَرُّبِ ، ومنهم من قال : لا يلزمه ؛ لأن الذبح المذكور بمجرده ليس بقربة ما لم يُوصَفْ بما يدلُّ عليه فإنْ قال : لله علي أنْ أَذبح بنيسابور فوجهان مرتبان ، وأولى بأن لا يجب ؛ لأن لفظ « مكة » قرينةٌ مع ذكر اسم الله تعالى .

التفريع : إن قلنا : يلزم ، لو ذكر لفظَ التضحية بنيسابور فهل يتعين تَفْرِقَةُ اللحم بها ؟ فيه وجهان يُسْتمدَّان من جواز نَقْلِ الصدقة ، ويُخَرَّجُ عليه الخلافُ في أن الفقير ، هل يتعينَّ للتصدُّقِ عليه إذا عُيِّنَ ؟ ففي وجهٍ : لا يلزم ؛ إذْ لم تَثْبت قربةٌ في هذه الأعيان بخلاف مكة . فإن قلنا : لا يلزم ، فالظاهرُ أنه يلزم النذر ويسقط التعيين ، ويحتمل أن يُقال : فَسَدَ أصلُ النذرِ ، فإن قلنا: تتعين للتفرقة ، فهل يتعينَّ للذبح ؟ فيه وجهان من حيث إن تخصيصَ البلاد بالزكاة معهودٌ ، أما بالذبحِ فلا إلّا في مكة ، ولكن لا يَبْعُد أن يجب تابعًا للتفرقة .

اللفظ الثاني : إذا قال : لله عليّ أَنْ أُضَحي ببدنة ، لزمه بعيرٌ ، وهل يقوم مقامَه بقرةٌ أو سَبْعٌ من الغنم ؟ [فيه] [(٣)] طريقان :

أحدهما : إن عدمت البدنة جاز ، وإلا فوجهان .

---

(١) في (ب): « بغير مكة » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

والثاني : إن وُجِدت لم يَجُزْ [١] ، وإنْ عدمت فوجهان [٢] . ومأخذُ الخلافِ ، الالتفاتُ إلى موجب اللفظ [٣] ؟ أو وَضْعِ الشرع في التعديل ؟ ولا خلاف في أنه لو نذر دراهم ، فلا يتصدق بجنسٍ آخر .

التفريع : إن جَوَّزْنا الإبدالَ ، فلا يُشترط المعادلة في القيمة . وفيه وجه بعيد أنه يُشترط . وأما الصفةُ ، فالصحيح أنه يتعين من الإبل البعيرُ الثَّنِيّ الذي يُجْزىء في الضحية بقوله : عليَّ أَنْ اضحي ، وذكر العراقيون وجها ، أنه يُنَزَّل على ما يُسَمَّى بدنةً وإن كان معيبًا . نعم ، لا يُجْزِىء الفصيلُ [٤] فإنَّه لا يُسَمَّى بدنةً .

اللفظ الثالث : إذا قال : لله عليَّ هَدْيٌ ، وإن نَزَّلْناه على أقلِّ واجبِ الشرع ، فعليه حيوانٌ من النَّعَم ، سليم من العيوب ، ويلزمه السَّوْقُ إلى الحرم ، وفيه وجه أن السوق لا يجب ؛ لأن دم الإحصار ودَمَ الحيوانات تُجزيء في غير الحرم [٥] . وإن قلنا : يُنَزَّل على جائز الشرع ، فكلُّ ما يَنْطلق عليه اسمُ الهَدْيِ [٦] ، والمنحة – ولو دانق – يتصدق به حيث كان ، وفيه وجه : أنه لابد من تبليغ الحرم ؛ لاسمِ « الهَدْيِ » ، وهو بعيد .

اللفظ الرابع : إذا قال : لله علي أنْ أُهْدِي هذه الظبيةَ إلى مكة ، لزمه التبليغُ ، ويتصدَّق بها حَيَّةً بمكة ، إذ لا قُرْبَةَ في ذبحها ، كما لو نذر عشرة أذرع من كرباس لا يخيطه قميصًا [٧] . ولو نذر بعيرًا مَعِيبًا لا يجزيء في الضحية ، ففي وجوب ذبحه بمكة وجهان ؛ لأنه من جنس الضحية

(١) يعني لم يجز العدول .

(٢) إن عدمت البدنة جاز أن يقوم مقامها بقرة أو سبع من الغنم . انظر الروضة (٣ / ٣٣٠) .

(٣) يعني في اللغة ، وهو الإبل .

(٤) الفصيل : هو ولد الناقة إذا فطم ؛ لأنه يُفْصل عن أمه . انظر : المصباح (٢ / ٧٢٨) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله – فيما إذا قال : لله عليّ أن أُهدي .... (لأن دم الإحصار ودماء الجبرانات تجري في غير الحرم) هذا غَيْرُ مَرْضِيٍّ ؛ فإن دماء الجبرانات لا تجوز إلا في الحرم ، على ما سبق بيانُه في كتاب « الحج » قطعوا بذلك ، وكان يمكن – على بُعْدٍ – أن يتأوله على دماء الجبرانات في حق المحصر ، أو على وجه بعيد في بعض دماء الجبرانات وسبق منه ذِكْرُه واستبعادُه ، ولكن ظهر من كلامه وكلامِ شيخه إرادةُ ذلك بإطلاقه ، فكأنه من السهو الذي لا يَسْلم منه إنسانٌ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٩ / أ) .

(٦) في (ب) : « اسم البدنة » .

(٧) يعني لا يلزمه أن يخيطه .

وإن لم يكن بصفته . فلو عَيَّنَ مالًا وقال : عليَّ أَنْ أُهْدِيَه إلى مكة ، لزمه النَّقْلُ بعينه إلا أن يكون عقارًا أو حجر رحى [١] مما لا يمكن النقل ، فَيَبيع وينقل القيمةَ ، وخُرِّج من هذا أن مكة تتعين في الصدقة والصلاةِ إذا عُيِّنَتْ . وهل تتعين للصوم ؟ الظاهرُ أنه [٢] لا تتعين ؛ إذ لم يَثْبت لها اختصاصٌ في الصوم بخلاف الصلاة والصدقة .

اللفظ الخامس : إذا قال : عليّ أنْ أَستر الكعبةَ ، أو أُطَيِّبها ، لزمه ؛ لأن الستر عُهِد في العصر الأول ولم يُنْكَرْ ، وهذا يدلُّ على أن ما ليس بقربة مقصودة أيضًا يلزم بالنذر ، ويجوز سَتْرُ الكعبةِ بالحرير ؛ لأن ذلك مُحَرَّم على الرجال أن يلبسوه [٣] بأنفسهم لا في التزيُّن [٤] . وفي التزام تطييبِ المسْجِدَيْنِ الآخرين تردُّدٌ ، [والله تعالى أعلم] [٥] .

* * *

(١) وهو يستخدم في طحن القمح والذرة وغيرهما .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أنها » .

(٣) في الأصل : « أن يلبسونها » بإثبات « النون » والمثبت من (أ) ، (ب) ، وهو القاعدة . وانظر في تحريم لبس الحرير للرجال صحيح البخاري مع الفتح (١٠ / ٢٩٥) حديث (٥٨٢٨) . ومسلم (٣ / ١٦٤٣) حديث (٢٠٦٩) . وسنن أبي داود (٤ / ٣٢١) . وابن ماجه (٢ / ١١٨٨) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله في ستر الكعبة بالحرير (لأن ذلك محرم على الرجال أن يلبسوه بأنفسهم لا في التزيُّن) معناه أنه لم يحرم على الرجل أن يُزَيِّن بالحرير غَيْرَه ، مثل الكعبة ونحوها ، وإنما حرم عليه أن يَلْبسه بنفسه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ١٨٩ / أ) .

(٥) زيادة من (ب) .

كتاب أدب القضاء

وفيه أربعة أبواب

287/7

الباب الأول

في التولية والعزل

(وفيه فصلان)

الفصل الأول

في التولية

وفيه ستُّ مسائل :

الأولى : في فضيلة القضاء والقيام بمصالح المسلمين :

والانتصافُ للمظلومين من الظالمين من أفضل القربات ، وهو من فروض الكفايات ، وهو أفضلُ من الجهاد وأهمُّ [منه] (١) ؛ لأن الجهاد لطلب الزيادة ، والقضاءَ لحفظِ الموجود ، وقد قال رسول الله ﷺ : « لَيَوْمٌ واحدٌ منْ إمامٍ عادلٍ أَفْضَلُ من عبادة ستين سنةً ، وحَدٌّ يُقَام في أرض بحقه (٢) أزكى من مطر أربعين خريفًا » (٣) فلأجل فضيلة الولاية ، وكونِها مُهِمًّا لنظام الدين والدنيا : تجب الإجابةُ على مَنْ دُعِيَ إلى الحكم (٤) ، والمستحبُّ أنْ يقول إذا دُعِيَ : سَمْعًا وطاعةً .

الثانية : في جواز طلب القضاء والولايات :

وقد ورد فيه التحذيرُ مع ما ذكرناه من الفضل ، فقد قال ﷺ : « مَنْ وَلِيَ القضاءَ فقد (٥) ذُبِحَ بغيرِ سكينٍ » (٦) : وقال لعبد الرحمن بن سمرة : « لا تَسْأَلِ الإمارة / ؛ فإنَّكَ إنْ أُعْطِيتَها عن ٢٨٧/ب

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) « لحقه » .

(٣) قال ابن الصلاح : « حديث : ليوم واحد من إمام عادل ... » قد روي من حديث أبي سعيد الخدري (رضي الله عنه) ولم أجِدْ له إسنادًا ثابتًا ، ولكنْ أحاديثُ القضاء يُتَساهَل في أمرها . وقوله : (أربعين خريفًا) قد رُوِيَ بدله (أربعين يومًا) والله تعالى أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٩/أ) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (تجب الإجابة على من دُعِيَ إلى الحكم) يعني لمحاكمة خصمه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٩/أ) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فكأنما » .

(٦) حديث صحيح : رواه أبو داود (٤/٤) (١٨) كتاب « الأقضية » (١) باب في « طلب القضاء » حديث (٣٥٧١) . ورواه الترمذي (٦١٤/٣) (١٣) كتاب « الأحكام » (١) باب « ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي » حديث (١٣٢٥) . وابن ماجه (٧٧٤/٢) (١٣) كتاب « الأحكام » (١) باب « ذكر القضاة » حديث =

مسألةٍ وُكِلْتَ إليها ، وإنْ أُعْطِيتَها من غير مسألةٍ أُعِنْتَ عليها »(1) . وقال عمر (رضي الله عنه) : « ما مِنْ أميرٍ ولا والٍ إلا ويُؤْتى يَوْمَ القيامةِ مَغْلولة يَدَاه إلى عُنُقِه أطلقه عَدْلُه أو أَوْبَقَه جَوْرُه »(2) .

وإنما هذه التحذيرات ؛ لأن [هذه](3) الولاية تستخرج من النفس خفايا الخبث حتى يميل على العدوّ وينتقم منه ، وينظر للصديق ، ويتبع الأغراض ، وقد يَظُنُّ بنفسه التقوى فإذا وُلِّيَ تَغَيَّرَ ، فنقول : للطالب أربعةُ أحوالٍ :

(إحداها) : أن يكون متعينًا ، بأن لا يوجد غيره ممن يَصْلح ، فالطلبُ فَرضٌ عليه . وإن كان خاملًا فعليه أَنْ يُشْهِرَ نفسَه عند الإمام حتى يُوَلَّى . ثم إن كان يخاف على نفسه الخيانةَ والميْلَ لم يكن هذا عذرًا ، بل عليه أن يُجَاهد نفسَه ، ويلازم سَمْتَ التقوى ، فإنْ تَوَلَّى ومالَ عَصَى ، وإن امتنع من القبول - خَوْفًا من الميل - عَصَى ، وهو متردد بين إحدى مَعْصيتين لامحالةَ .

(الثانية) : أن يكون في الناحية مَنْ هو أصلح منه ، ففي انعقادِ إمامةِ المفضولِ خلافٌ(4) .

= (٢٣٠٨) . ورواه أحمد في مسنده (٢٣٠/٢) حديث (٧١٤٥) جميعًا من طرق عن أبي هريرة (رضي الله عنه) مرفوعًا . والحديث صححه الشيخ الألباني كما في صحيح سنن ابن ماجه (٣٣/٢) .

وقال ابن الصلاح : « ومعني الحديث - والله أعلم - فقد ذبح ولكن من حيث المعنى لا من حيث الصورة ؛ وذلك لأنه بين عذاب الدنيا إن رشد ، وعذاب الآخرة إن فسد ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٩/أ) .

(1) الحديث رواه البخاري في صحيحه (١٣٢/١٣) كما في الفتح (٩٣) كتاب « الأحكام » (٥) باب « من لم يسأل الإمارة أعانه الله عليها » حديث (٧١٤٦) ورواه مسلم (١٤٥٦/٣) (٣٣) كتاب « الإمارة » (٣) باب « النهي عن طلب الإمارة والحرص عليها » حديث (١٦٥٢) . وأبو داود (٣٤٣/٣) حديث (٢٩٢٩) ، والترمذي (٩٠/٤) حديث (١٥٢٩) .

(2) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من قول عمر (رضي الله عنه) موقوفًا ، قد جاء نحوُه مرفوعًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٩/ب) .

قلت : هذا الحديث المرفوع الذي أشار إليه ابن الصلاح رواه أحمد في مسنده (٣٢٣/٥) حديث (٢٢٨١٠) بإسناده عن عبادة بن الصامت مرفوعًا ورواه أيضًا في (٢٨٤/٥) حديث (٢٢٥٠٩) بإسناده عن سعد بن عبادة (رضي الله عنه) مرفوعًا أيضًا . ومعني (أَوْبقَه) أي : أهلكه .

(3) زيادة من (أ) ، (ب) .

(4) والأصح انعقاد إمامة المفضول في وجود الفاضل ؛ لأن تلك الزيادة التي في الفاضل خارجة عن شرط الإمامة . انظر الروضة (٩٢/١١) .

فإن مَنَعْنا ، ففي انعقادِ قضاء المفضول وتوليتِه خلافٌ ، والأصحُّ أنه ينعقد ؛ لأنَّ ما يفوت من مَزِيّة الإمامة لا جَبْرَ لها ، ونقصانُ القاضي يَجْبُرُه [1] نَظَرُ الإمامِ من ورائه . فإن قلنا : لا ينعقد ، حَرُمَ عليه القبول ، وحَرُمَ على الإمام التوليةُ . فإن قلنا : ينعقد ، جاز للمفضول القبولُ إنْ وُلِّيَ بغير مسألة وأوْلى أن لا يَقْبل . وأما الطلبُ فمكروهٌ ولا ينتهي إلى التحريم ، وقيل : إنه يحرم . وهذا كلُّه في الواثق بنفسه الذي اختبر وَرَعَها وتقواها ، فإن كان معه استشعارُ خيانةٍ فَيَحْرُم الطلبُ .

(الثالثة) : أن يكون في البلد من هو دونه ، فإن قلنا : لا تنعقد ولايةُ المفضول ، التحق بالصورة الأولى . وإن قلنا : تنعقد ، جاز القبولُ بل هو الأولى [2] لتحصيل تلك المزية للمسلمين . وأما الطلب فهو جائزٌ . وإن قُلِّدِ بغير سؤالٍ ، فهل يلزمه القبولُ ؟ فيه وجهان ، ولكن هذا إذا كان واثقًا بنفسه ، فإن كان خائفًا ، فهذا لا يوازيه مَزِيّة الفضيلة [3] ، فليمتنع .

(الرابعة) : أن يكون في الناحية مثلُه ، فالقبول جائزٌ . وإنْ وُلِّيَ بغير سؤالٍ فلا يجب القبولُ على الأظهر ؛ لأنه غَيْرُ متعيِّنٍ ، لكن الأولى القبول ؛ لأنَّه أتاه من غير مسألة ، فَيُعَانُ عليه . وأما الطلبُ فيحتمل أنْ يُكْرَه ؛ للخطر ، ويحتمل أن يُسْتحب ؛ للفضيلة ، وكلُّ هذا إذا لم يَخَفْ على نفسه ، فإن خاف خوفًا ظاهرًا ، فعليه الحذر .

وإن كان لا يستشعر مَيْلًا ، ولكنه لم يُجَرِّبْ نفسَه في الولايات : فإنْ كانت له حاجةٌ لطلبِ رزقٍ وكفايةٍ ، فلا تُطْلق له الكراهيةُ بالتوهُّم مع الحاجة ، فله الطلب ، وإن لم تكن حاجةٌ فَيُكْرَه له الطلبُ بمجرد هذا الاستشعار ولا ينتهي إلى التحريم .

المسألة الثالثة : في صفات القضاة . ولا بُدَّ أن يكون حرًّا ، ذكرًا مفتيًا بصيرًا ، إذْ لا ولايةَ للعبد ولا للمرأة ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يجوز توليةُ المرأةِ فيما لها فيه شهادةٌ [4] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « يجبرها » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أولى » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « مرتبة الفضيلة » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه لا يجوز أن تتولَّى المرأةُ القضاءَ مطلقًا ، ولا يصح قضاؤها ، سواء كان ذلك في الحقوق ، أم الأموال ، أم في الحدود والقصاص وغير ذلك . وهذا مذهب المالكية والحنابلة . انظر الوجيز (٢/ ٢٣٧) . الروضة (١١/ ٩٥) . المنهاج ص (١٤٨) . حلية العلماء (٨/ ١١٣) . القوانين الفقهية ص (٢٩٩) . حاشية الدسوقي (٤/ ١٢٩) . الشرح الصغير على أقرب المسالك (٤/ ١٨٧) . أسهل المدارك شرح إرشاد السالك (٣/ =

وقولُنا : (مفتي) [١] ، أردنا المجتهدَ الذي تُقبل فتواه ، ويخرج عنه الصبيُّ والفاسقُ ؛ إذ لا تقبل فتواهما [٢] نعم ، الفاسقُ مُفْتٍ [٣] في حقّ نفسِه حتي لا يجوز له تقليدُ غيره ، ولكن لا يُوثَق بفتواه . ونَعْني بالمجتهِدِ : المتمكنَ مِنْ دَرَكِ أحكامِ الشرع استقلالًا من غير تقليد غيره . ويُسْتقصى تفصيلُ ذلك في علم الوصول [٤] . أما المقلِّد فلا يَصْلح للقضاء . وأما مَنْ بلغ [٥] مبلغَ الاجتهاد في مذهب إمامٍ – لا في أصل الشرع – ففي جواز الفتوى له خلافٌ مبني على [أن] [٦] من قلّده ، كان قد قلَّدَ إمامه الميتَ ، أم قلده في نفسه ؟ فمن جوَّز تقليد الميت [٧] – وهو الصحيح – جوّز له

= ١٩٤) . الفروع لابن مفلح (٤٢١/٦) . المبدع (١٩/١٠) . كشاف القناع (٢٩٤/٦) .

ومذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أنه لا يجوز تَوْليةُ المرأةِ القضاءَ ، فإن تولَّتْ أَثِمَ المُوَلِّي لها ، وصَحَّ قضاؤها فيما تصحُّ فيه شهادتها كالأموال ، ولا يصحُّ قضاؤها في الدماء والحدود وكلُّ ما لا تُقْبل شهادتُها فيه . انظر رءوس المسائل (٥٢٦) . بدائع الصنائع للكاساني (٣/٧) . شرح فتح القدير (٢٩٧/٧) . رد المحتار (٤٤٠/٥) . ملتقى الأبحر (٧٥/٢) .

(١) في (أ) ، (ب) : « مفتيا » . (٢) في (ب) : « فتواه » .

(٣) في الأصل : « مفتي » والصواب حذف الياء هنا .

(٤) في (أ)،(ب): « علم الأصول » . وانظر تفصيل ذلك في المستصفى (٣٥٠/٢ – ٣٥٣) . المنخول ص (٤٦٣ ، ٤٦٤) . روضة الطالبين (٩٥/١١ ، ٩٦) إحكام الفصول في أحكام الأصول ص (٦٣٧)

(٥) في (أ) ، (ب) : « يبلغ » . (٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) وانظر الروضة (٩٩/١١) ففيها مزيدُ إيضاحٍ لهذا الأمر .

وقال ابن الصلاح : « قوله : (أما من بلغ مبلغ الاجتهاد في مذهب إمام لا في أصل الشرع ... إلى قوله : (فمن جوز تقليد الميت ، جوز له الفتوى) هذا كلام مشكل ، وهو مبني على ما ذكرتُه في كتاب « الفتوى » من تأليفي من أن المقلِّد لا يُفْتي ، وأنه لا يكون مُفتيًا بما يذكره من مذهب إمامِه ؛ لأن فتوى المفتي قولُه ، وهذا قولُ إمامه لا قولُه . ومَنْ يُعَدُّ من المفتين – من الفقهاء المقلدين – فليسوا في الحقيقة من المفتين ، ولكنْ لما قاموا عند الضرورة مقامَ المجتهدين من المفتين وأمْكَنَهم ، عُدُّوا من المفتين . وأما المجتهدُ في مذهب إمام ، فقد ألحقه اجتهادُه ذلك بإمامه في جواز الفتوى ، ومقلِّدُه مُقَلِّدٌ لإمامه . فإن جوَّزْنا تقليدَ الميت – وهو الصحيح الذي عليه العمل – جازت فتياه . ومن لا يُجَوِّز تقليدَ الميت ، لم يُجَوِّزْ فتياه ؛ لأنها قولُ إمامِه الميت الذي بطل – بموته – تَقْليدُه ، وهكذا مَنْ جَعَلَ ذلك تقليدًا لهذا الحيِّ ؛ لصدور صورة الفتيا منه دون الميت ، لم يُجَوِّزْه ؛ لأن ذلك قولُ إمامِه لا قولُه ، فهو كالمقلِّد المحض كما سبق ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٩/ب ، ١٩٠/أ) .

الفتوى، ومع هذا فلا تجوز توليتُه مع القدرة على مجتهد مُستقل، وإذا لم يوجد غيره وَجَبَ تقديمُه على الجاهلِ والذي لم يَبْلغ مبلغَ الاجتهاد في المذهب .

وينبغي أنْ يُعْتبر مع هذه الخصال : الكفاءةُ اللائقة بالقضاء [١] ، فمجردُ العلمِ لا يكفي لهذه الأمور .

وفي تولية الأُمّيِّ الذي لا يُحْسِنُ الكتابةَ وجهان ، أصحهما الجوازُ ؛ إذ كان ﷺ أُميًّا . وأَمّا العَمَى فيمنع القضاءَ ؛ لأنه لا يُميِّز بين الخصوم والشهود .

ثم هذه الشروطُ أطلقها أصحابُنَا ، وقد تعذَّر في عصرنا ؛ لأن مصدَر الولايات / خالٍ عن ٢٨٨/أ هذه الصفات ، وقد خلا العصر أيضا عن المجتهد المستقلّ ، والوجْهُ القطْعُ بتنفيذ قضاءِ مَنْ ولاه [٢] السلطانُ ذو الشوكة ؛ كيلا تتعطَّلَ مصالحُ الخلقِ ، فإنا ننفذ قضاءَ أهل البغي للحاجة ، فكيف يجوز تعطيلُ القضاءِ الآن ؟ نعم ، يَعْصِي السلطانُ بتفويضه إلى الفاسق والجاهل ، ولكنْ بعد أنْ وَلَّاه فلابُدَّ من تنفيذ أحكامه ؛ للضرورة [٣] .

المسألة الرابعة : في الاستخلاف [٤] . والأَوْلَى [٥] بالإمام أن يُصَرِّح بالإذْن فيه . فإنْ نَهى

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (تعتبر الكفاءة اللائقة بالقضاء) هذه الكفاءة هي النهضة والقيامُ بعمل القضاء ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٠/أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « يُوَلِّيه » .

(٣) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من تقييد أحكام الفاسق أو الجاهل إذا ولاه السلطان للضرورة (كما ينفذ قضاءُ أهلِ البغي للحاجة) هو بخلاف ما قالَه غيرُه ، فإن المنقول في « تعليق » القاضي حسين وغيره أنه لا تنفذ أحكامُه وإنْ ولاه الإمامُ . وما احتج به من قضاء أهل البغي ففي « التهذيب » وغيره أنهم إذا ولَّوْا قاضيًا غير عدل لم تنفذ أحكامه . نعم ، ماذكره تَوَّجَهُ بإجماع الأمة على تنفيذ أحكام الخلفاء الظلمة وأحكام مَنْ وَلَّوا ، غيْرَ أنه يُوردُ عليه ما إذا ولَّى السلطانُ قاضيًا كافرًا فإنه لا تنفذ أحكامُه مع وجود الضرورة ، وإن ارتكبَ وطَرَد فقد أبْعَدَ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٠/أ) .

(٤) أي في استخلاف القاضي من يساعده في القضاء . قال في الروضة (١١/١١٨) : « يُسْتحب للإمام أن يأذن للقاضي في الاستخلاف » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وأولى » .

امتنع ، وإن أطلق ، فثلاثةُ أوجهٍ [(١)] :

أحدها : أنه يمتنع ؛ لأنه لم يُفَوّضْ إليه ، وولايةُ القضاء عند الشافعي (رضي الله عنه) تتجزَّأ ، حتي لو فوض إليه قضاءَ الرجال دون النساء ، أو قضاءَ الأموال دون النفوس ، أو استثنى شخصًا واحدًا عن ولايته : نفذ عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) فكذلك إذا لم يفوض إليه الاستخلاف [(٢)] .

والثاني : أن المطلق يُنَزَّل على المعتاد ، [(٣] فيجوز له الاستخلاف [٣)] .

والثالث : أنه إن اتَّسَعَتْ خطَّةُ الولاية ، بحيث لا يَقْدر على القيام بنفسه جاز ، وإلا فلا .

وتُشترط صفاتُ القضاة في النائب إلا إذا لم يفوّض إليه إلا تعيين الشهود أو التزكية ، فإنه لا يُشْترط من العلم إلا ما يليق به . وقال الشيخ أبو محمد : نائبُ القاضي في القرى إذا لم يفوضْ إليه إمضاء الحكم [(٤)] بل سماع البينة ونَقْلها ، فلا يُشْترط منصبُ الاجتهاد ، بل العلمُ اللائق بأحكام البينات .

فرع : ليس له أنْ يَشْترط على النائب الحكمَ بخلاف اجتهادِه ، أو بخلاف اعتقاده ، حيث يجوز توليةُ المقلِّد للضرورة ، بل اعتقاد المقلّد في حقه كالاجتهاد في حقِّ المجتهد ؛ فإنْ شَرَطَ حنفيٌّ على نائبه [الشافعيِّ] [(٥)] الحكمَ بمذهب أبي حنيفة (رحمه الله) جاز له الحكمُ في كل مسألة توافق [(٦)] فيها المذهبان . وما فيه خلافٌ لا يحكم فيه أَصْلًا لا بمذهب أبي حنيفة (رحمه

---

(١) قال في الروضة (١١/١١٨) : « إن أمكنه القيامُ بما تولاه – كقضاء بلدة صغيرة – فليس له الاستخلاف على الأصح ، وإن لم يمكنه – كقضاء بلدتين أوبلد كبير – فله الاستخلافُ في القدر الزائد على ما يُمْكِنه وليس له الاستخلافُ في الممكن على الأصح » .

(٢) انظر رد المحتار (٥/٤١٩) وفيه أن القضاء يقبل التقييد والتعليق ، وذلك كقول الإمام للقاضي : إذا وصلت إلى بلدة كذا فأنت قاضيها ، وكقوله : جعلتك قاضيا في رأس الشهر ، ويقبل أيضًا الاستثناء كقوله : جعلتك قاضيًا إلا في قضية فلان ، أو لا تنظر في قضية كذا . وهذا يخالف ما ذكره الإمام الغزالى عن أبي حنيفة (رحمه الله) .

(٣) قوله : « فيجوز له الاستخلاف » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « الأحكام » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (ب) : « يتوافق » .

الله) ؛ فإنه خلافُ اعتقادِه ، ولا بمذهبِ الشافعي (رضي الله عنه) فإنه لم يُفوَّضْ إليه [(١)] .

المسألة الخامسة : إذا نَصَب في بلدة قاضيين على أن لا يستقل أحدُهما دون الآخر : لم يجز ؛ لأنَّ الاختلافَ يكثر في الاجتهاد ، فيؤدي إلى بقاء الخصومات ناشئةً . ولو خَصَّصَ كلَّ قاضٍ بطرفٍ من أطراف البلد : جاز ، كما يُعْتَاد في بغداد ، وإنْ أثبت لكلِّ واحدٍ الاستقلالَ في جميع البلد فوجهان :

أحدهما : لا ؛ إذ يتنازع الخصمان في اختيار أحدهما ، وكذلك في إجابة داعيهما بخلاف داعي الإمام والقاضي أو خليفته [(٢)] ، فإنَّ داعيَ الأصلِ يُقَدَّم ، وكذلك من اختاره .

والثاني : أنه يجوز ، ويحكم عند النزاع بالقرعة في التقديم [(٣)] .

المسألة السادسة : في التحكيم .

إذا حَكَّم رجلان رجلًا [(٤)] اختصما في مال ، هل يُنَفَّذ حكمُه عليهما ؟ فيه قولان ، والنكاحُ مرتبٌ على المال ، وأولى بأنْ لا ينفذ والعقوباتُ مرتبةٌ على النكاح وأولى بأن لا تنفذ ، ثم اخْتُلِفَ في محل القولين ، قيل : إنه إذا لم يكن في البلد قاضٍ ، فإن كان لم يَجُزْ . وقيل : إنْ لم

---

(١) قال ابن الصلاح : « ما ذكره فيما إذا وَلَّى حنفيٌّ شافعيًّا بشرط أن يكون حكمه بمذهب أبي حنيفة من أنه (يجوز له الحكمُ بما يتوافق فيه المذهبان) يُشْعر بصحة هذه التولية ، والمقطوعُ به في « المهذب » ، و« التهذيب » أن التولِيَة باطلةٌ ، والخلافُ في ذلك مُتَّجِهٌ من حيث إنه من قِبَل العقد الذي لا عِوَضَ فيه المقترن بالشرط الفاسد ، وعن القاضي حسين أنه أفتى بصحة التولية مع إفساد الشرط ؛ فيقضي بجميع مذهبه » . المشكل (جـ٢ ق ١٩٠/أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (داعي الإمام والقاضي أو خليفته) معناه الإمام والقاضي أو القاضي وخليفته . وقوله : (داعي الأصل يُقَدم) رأيٌ رآه شيخُه ، وكلامُ غيرِه مطلقٌ ، والظاهرُ أنّ الأصل وفرعَه في ذلك كالقاضيين ؛ لأن الفرعَ كالأصل في وجوب إجابته ونفاذِ حكمه ، ولا تأثير لكونه أصلًا فيما نحن فيه ، والله أعلم » مشكل الوسيط (حـ ٢ ق ١٩٠/ب) .

(٣) قال في الروضة (١٢١/١١) في هذه المسألة : « وأصحهما الجواز كالوكيلين والوصيين . فعلى هذا ، لو تنازع الخصمان في إجابة داعي القاضيين يُجَاب مَنْ سبق داعيه . فإن جاءوا معًا أُقْرِعَ . وإن تنازعا في اختيار القاضيين ، فقد أطلق الغزالي أنه يُقْرع ، وقال الماوردي : القولُ قولُ الطالب دون المطلوب . فإن تساويا ، حَضَرَا عند أقرب القاضيين إليهما ، فإن استويا في القرب فالأصحُ أنه يُقْرع » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فإذا حكم رجلًا رجلان » .

يكن فهو جائزٌ ، وإن كان فقولان ، وقيل بطرد القولين مطلقا ، والأصحُ : المنعُ بكل حال [١] ، وقد ذكرنا توجيه ذلك في مسألة مفردة التمس [٢] بعضُ الفقهاء بالشام .

التفريع : إن جوَّزْنا ذلك ، فَليكُنِ المحكَّمُ على صفة تُجَوِّزُ للقاضي توليتَه ، ثم لا ينفذ إلا على مَنْ رَضِيَ . فلو تعلَّق بثالثٍ – كما إذا كان في قَتْل الخطأ – لم يَضْرِبِ الدِّيَةَ على العاقلة إذا لم يَرْضَوْا بحكمه ، وفيه وجه : أنَّ رضا القاتل كافٍ فيه ؛ لأنهم تَبَعٌ له ، وهو بعيد ؛ لأنَّ إقرار القاتل لا يُلْزمهم ، فكيف يُلزمهم رضاه !! والمذهب أنه لا يُحَكَّم [٣] في الاستيفاء ، بل ليس إليه [٤] إلا الإثبات ، وفيه وجه .

ولا شك أنه ممنوعٌ من استيفاء العقوبات ؛ لأنَّه يَخْرِم أُبَّهَةَ الولاية .

ثُم للمُحَكَّم أنْ يرجع عن التحكيم قبل تمام الحكم ، وبعده فلا ينفع . وإن لم يُجَدِّدْ رضًا بعد الحكم [٥] ، فهل يلْزم بمجرد الرضا السابق ؟ ذكر العراقيون وجهين .

* * *

---

(١) قال في الروضة (٢١٢/١١) : « هل يجوز أن يحكم الخصمان رجلًا غير القاضي ؟ وهل لحكمِه بينهما اعتبارٌ ؟ قولان : أظهرهما – عند الجمهور – نعم ، وخالفهم الإمام الغزالي فَرَجَّحَ المنع ... ولا يجزىء في حدود الله تعالى على المذهب ؛ إذ ليس لها طالب معين » .

(٢) في (ب) : « التمسها » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « والمذهب أنه لا يَحْبِس » ، يعني ليس له أن يَحْبس أحدَ المتخاصمين .

(٤) في (أ) ، (ب) : « له » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (ثم للمحكم أن يرجع عن التحكيم قبل تمام الحكم ، وبعده لا ينفع . وإن لم يجدد رضًا بعد الحكم) ذكر فيه وجهين مع قطعه بأن رجوعه بعد تمام الحكم لا ينفع ، وذلك أنه أراد بتمام الحكم الفراغ منه مع تجديد الرضا به ، فاعْلَمْ ذلك ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩١/أ) .

الفصل الثاني
في العَزْلِ وحُكْمِه

وفيه خمس مسائل :

الأولى : في الانعزال . وينْعزل بكلِّ صفةٍ لو قارنت التوليةَ لامتنع ، كالعمى والجنون والنسيان . أما الفسقُ ، فالإمام الأعظم لا يَنْعزل بِطُرآنِه ؛ إذ فيه خطرٌ ، ويَجُرُّ ذلك فسادًا . أما القاضي إذا فسق وَجَبَ [1] على الإمام عَزْلُه ، وقطع الفقهاء المعتبرون بانعزاله ، وقال بعضُ الأصوليين : / لا يَنْعزل إلا أن يُعْزل . ٢٨٨/ب

فرع : لو جُنَّ القاضي ثم أفاق ، فهل يعود قضاؤه ؟ فيه وجهان ، والأصحُّ أنه لايعود كالوكالة ؛ لأنَّ القضاءَ أيضًا جائز ؛ إذْ للقاضي أنْ يَعْزل نفسَه .

الثانية : في جواز العزل . فللإمام عَزْلُ القاضي إذا رَابَهُ منه أمرٌ ، ويكفي غلبةُ الظنِّ . فإن لم يظهر سببٌ فعزَلَه بِمنْ هو أفضلُ : نفذ . وإنْ عزله بمن هو دونه لم يَنْفُذْ على الأظهر . وإنْ عزلَه بمثله فوجهان ، واختار الإمامُ نُفُوذَ عزلِه بكلِّ حال ؛ إذ ربما يرى مَنْ هو دونه أصلحَ لهم منه ، نعم عليه [فيما] [2] بينه وبين الله تعالى أنْ لا يَعزل إلا لمصلحة المسلمين ، فإنْ خالفَ المصلحة عَصَى ، ولكن يَنْبغي أنْ ينفذ عَزْلُه ؛ فإن ذلك يَجُرُّ فسادًا في الأقضية .

فرع : حيث ينفذ العزلُ ، فهل يقفُ على بلوغ الخبر إليه ؟ فيه طريقان :

أحدهما : أنه على قولين [3] كالوكيل .

والثاني : القطع بأنَّه لاينعزل ؛ لِمَا فيه من الضرر [4] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « توجَّه » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (ب) : « القولين » .

(٤) والمذهب على هذا القول وهو أنه لاينعزل قبل بلوغ الخبر إليه ؛ لِعظَمِ الضرر في نقض أقضيته . انظر الروضة (١٢٦/١٠) . المنهاج ص (١٤٩) . الغاية القصوى (١٠٠٨/٢) .

أما إذا كتب : إذا قرأتَ كتابي [هذا] (١) ، فينعزل (٢) عند القراءة ، وكذلك إذا (٣) قُرِئَ عليه بخلاف الطلاق ؛ فإن ذلك ينبني على اللفظ ، وهذا ينبني على المقصود ، ولا يَقْصد الإمامُ الجادُّ في العزل قراءتَه بنفسه ، وفيه وجه : أنَّ هذا كالطلاق .

الثالثة : إذا انعزل الإمام لم ينعزل القضاة ، وكذا إذا مات ؛ إذ يَعْظُم الضَّرَرُ في خُلُوِّ الخِطَّة عن القضاة . ولو انعزل القاضي بعزلٍ أو موتٍ أو غيره انعزلَ كلُّ مَنْ فَوَّضَ إليه شغلًا معينًا ، كمن يُصْغِي إلى شهادةٍ معينة . وأما خليفتُه ونوابُه في القرى وقَيِّمُ الأطفالِ ، ففي انعزالهم ثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : أنهم لاينعزلون كما لا ينعزل القاضي بموت الإمام .

الثاني : ينعزلون كما ينعزل الوكيلُ .

والثالث : أنه إن استخلف بالإذن الصريح (٤) : لم ينعزلوا ، وإن استقلَّ بالاستخلاف : انعزلوا (٥) .

الرابعة : إذا قال القاضي بعد العزل : « كنتُ قضيتُ لفلانٍ » لم يُقْبَل قولُه كالوكيل بعد العزل (٦) ، ويُقْبَل بمجرد قوله قبل العزل وإن لم تكن بينةٌ وإن قَضَيْنا بأنه لا يحكم بمجردِ علمِه ، وهذا متفقٌ عليه ؛ لأنه أهلُ الإنشاء في الحال .

ولو شهد عدلان بعد العزل على قضائه : ثَبَتَ . وإنْ كان هو أحدَ العدلين وقال : « أَشْهد أني قضيتُ » لم يُقْبل ، ولو قال : أشهد أنَّ قاضيًا قضى ، ففيه وجهان :

أحدهما : تُقْبل كما تُقْبل شهادة المرضعة كذلك (٧) .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) : « انعزل » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « إنْ » .

(٤) يعني إن استخْلَف القاضي بالإذن الصريح من الإمام الأعظم .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١١/١٢٧) وفيها زيادة تفصيل . وانظر المنهاج ص (١٤٩) . والغاية القصوى (٢/١٠٠٨) .

(٦) يعني لم يقبل قوله إلا بِبَيِّنَةٍ .

(٧) وفي الروضة (١١/١٢٨) أن شهادته هنا تُقْبل على الأصح ، كما لو شهدت المرضعةُ برضاعٍ مُحَرِّمٍ ولم تَذْكر فِعْلَها . وانظر المنهاج ص (١٤٩) . والغاية القصوى (٢/١٠٠٨) .

والثاني : لا ؛ لأنّ نسبة القضاءِ إليه ظاهرٌ ، فكأنَّه صَرَّح به .

الخامسة : مَنِ ادَّعى على قاضٍ معزول ، أنه أَخَذ منه رشوةً ، حمله إلى القاضي المنصوب لِيَفْصِل بينهما الخصومةَ بطريقها .

وإنِ ادَّعى أنه أَخذ مِنِّي المالَ بشهادة عبدين ، أو مُعْلِنَيْنِ بالفسق فكذلك . وإن ادعى مجرد الحكم دون أخذ المال [١] ففي قبول الدعوى وجهان [٢] ينبنيان على أنَّ القاضي إذا أقرَّ على نفسه بذلك ، هل يغرم ؟ أم يختصُّ الغرم بالشهود ؟ .

لو حاسَبَ الصارفُ الأُمناءَ [٣] ، فادَّعى واحدٌ منهم أنه أخذ منه أجرةً قَدَّرَها له المعزولُ ، فلا أَثَرَ لتصديق المعزول ، ولكن الزائد على أجرة المثل يُسْتَرَدّ . وهل تُصدق يمينه [٤] في قدر أجرة المثل ؟ فيه وجهان :

أحدهما [٥] : لا ؛ لأنه مُدَّعٍ .

والثاني : نعم ؛ لأن الظاهر أنه لايعمل مجانًا ، وقد فاتت منافِعُه ، فلابد من عِوَضٍ .

* * *

(١) يعني حَكَم له بشهادة العبدين ، أو المعْلِنَيْنِ بالفسق ، وشهادة هؤلاء غيرُ مقبولة .

(٢) قال في الروضة في هذه المسألة : « بل اتفق الأصحاب على أن دعواه مسموعة ، وبيِّنته محكومٌ بها . ولكن هل يحضر المعزول بمجرد دعواه ؟ وجهان ، أصحهما : نعم ؛ كغيره . والثاني : لا يحضره إلا ببينة تقوم بما يَدَّعيه ، أو على إقرار المعزول بما يدعيه ؛ لأن الظاهر جريانُ أحكامِه على الصواب ، فيكفي هذا الظاهرُ حتى تقومَ بيِّنةٌ بخلافه » . الروضة (١٢٩/١١ ، ١٣٠) .

(٣) يعني الأمناء الذين كانوا يعملون مع القاضي المعزول .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بيمينه » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « الأول » .

الباب الثاني
في
جامع آداب القضاء

(وفيه فصولٌ)

الفصل الأول
في آداب متفرقة

وهي عشرة :

الأول : أن مَنْ قَبِلَ الولايةَ في الحضرة ، فَلْيقدم إلى البلد مَنْ يُشِيع ولايتَه . فإن انصرف على الفور ، وقَدِم فجأةً ولم يَسْتَفِضْ (١) فادَّعى أنه قاضٍ ، فلهم الامتناعُ من الطاعة إنْ لم يكن معه كتابٌ . وإن كان معه كتابٌ من غير استفاضةٍ ولا شهادةِ عَدْلين ، ففيه وجهان (٢) :

أحدهما (٣) : أنه يجب اعتمادُ الكتاب مع مَخايل الصدق وبُعْدِ الجرأة على التلبيس في مثل هذا على السلطان .

والثاني : أنَّ ابتداءَ الأمور العظيمة لا بُدَّ من الاحتياط فيها (٤) ؛ فلا بد مِنْ عدلين يُخْبِرَانِ عن التولية وإن لم تكن على صيغة الشهادة ؛ فإنَّه ليس لذلك خصمٌ معينٌ حتي تقام عليه ، ولا ثَمَّ قاضٍ آخرُ تثبت عنده . وإن ظهرت مخايلُ الخيانةِ ، فلا حَرَجَ على الناس في التوقُّفِ أصْلًا .

الأدب الثاني : أنه كما قدم [فينبغي أن] (٥) لا يشتغل بشيء حتي يُفَتش عن المحبوسين .

---

(١) أي ولم يَستفض أمْرُ توليه عند الناس .

(٢) والمذهب أنه لا يجوز الاعتماد على مجرد الكتابة بغير استفاضة ولا إشهاد . انظر الروضة (١١/ ١٣١) ، والمنهاج ص (١٤٩) .

(٣) في (ب) : « الأول » .

(٤) في الاصل : « فيه » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

فمن كان محبوسًا ظلمًا ، أو في تعزيرٍ ، أطلقه [١] . ومن أَقَرَّ بأنه محبوسٌ بحق رَدَّه إلى الحبس .
فإن لم يعترف سأله عن خصمه / فإنْ ذَكَرَ خصمًا حاضرًا ، أحضره فطالبه بابتداء الخصومة ، ٢٨٩/أ
فإنْ أقام الحجة على أنَّ القاضي الأولَ حكمَ عليه ، رَدَّه إلى الحبس ، وإلا خَلَّاه حتى يستأنف الخصومة . فإن قال المحبوس : حُبِسْتُ ظلمًا ، قال بعضهم : يُخَلَّى ؛ فإنَّ إمساكه من غير حجةٍ لا وجْهَ له . وخصْمُه يحتاج إلى ابتداء الخصومة لا محالة . وقال الأكثرون : لابد أن يحضر خَصْمُه أولًا ، ويُسْأَل [٢] . فإن لم يَظْهر له خصم أُطْلِق . فإن قال : لا أَدْرِي لِمَ حُبِسْتُ ، يُنَادى عليه إلى حَدِّ الإشاعة ، فإن لم يَظْهر له خصمٌ أُطْلِق ، وفي مدة الإشاعة لا يُحْبَس ولا يُخَلَّى بل يُرَاقب . وهل يُطَالب بكفيل ببدنه ؟ فيه وجهان ؛ والأكثرون على أنه لا يَلْزمه ذلك . فإن ذكر خصمًا غائبًا ، وقال : « أنا مظلومٌ » فمنهم مَنْ قطع بأنه يُخَلَّى ، ومنهم مَنْ ذكر وجهين :

أحدهما : أنه يكتب إلى خصمه حتى يجتهد في التعجيل ويحضر ، فإن تخلَّف أُطْلِق .

والثاني : أنه يُطْلَق ؛ لأن انتظار الغائب يَطول بخلاف الحاضر .

ثم ينبغي أن يُبَادِر بعد الفراغ من المحبوسين إلى النظر في أموال الأيتام [٣] ، والأوصياء ، ومُحاسبتهم ، فإنها وقائعُ لا رافعَ لها إليه . فإن وقعت [٤] حادثةٌ في أثناء ذلك ، ولم يتفرَّغْ لفصْلِها مع شغل الأوصياء ، استخْلَفَ مَنْ يقوم بأحد المهمَّيْن ، والغرضُ مبادرةُ هذه الأمور .

الأدب الثالث : أن يتروَّى بعد ذلك في ترتيب الكُتَّاب والمزكِّين والمترجِمِينَ . أما الكاتبُ ،

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (فمن كان محبوسًا بظلم ، أو في تعزير أطلقه) هو محمولٌ على ما إذا كان فيما مضى في حبسه كفايةٌ في تعزيره ، والله تعالى أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩١/أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (فإن لم يعترف سأله عن خصمه ، فإن ذكر خصمًا ، حاضرًا أحضره ... ثم قال : فإن قال : حُبِسْتُ ظلمًا ، قال بعضهم : يُخَلّى . وقال الأكثرون : لا بد من أن يحضر خصمه) فَأَوْهَمَ بهذا أنهما مسألتان ، والخلافُ في الثانية دون الأولى وليس كذلك قطعًا ، وكان ينبغي أن يُقَدِّم ذكْرَ الخلافِ من الأول ، ولا يُكَرر صورةً واحدة بعبارتين ، وعبارةُ « النهاية » و « البسيط » سالمةٌ عن هذا الإيهام ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ق ١٩١/أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الأطفال » . (٤) في (أ) ، (ب) : « رفعت » .

فليكنْ عدلًا عاقلًا نَزِهًا عن الطمع . ويكفي كاتبٌ واحد ، ولا أَقلَّ من مُزَكِّيَيْنِ وستأتي صفاتهم .

وأما المترجم فلا بد أيضًا من عددهم . وأما المُسْمِع – وهو الذي يُسْمع القاضي الأَصَمَّ – ففي اشتراط العددِ ثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه يُشْترط كالمترجم ، فإنه ينقل عَيْنَ اللفظ ، كما أنَّ ذلك يَنْقُل معنى اللفظ [١] .

والثاني : لا ؛ لأن المُسْمِع لو غَيَّرَ ، عَرَفَه الخصمان والحاضرون بخلاف الترجمة .

والثالث : أنَّ العددَ لا يُشْترط إلا أنْ يكونَ الخصمان أَصَمَّيْنِ ، فإنَّ القومَ قد يَغْفُلون عن تغييره [٢] ، والخصمُ هو الذي يَعْتني به .

التفريع [٣] : إن لم نَشْترط العددَ [٤] ، فلا نَرْعَى لفظَ « الشهادة » .

وهل تشْترط الحريةُ ؟ فيه خلاف كما في شهادة رؤية الهلال لرمضان [٥] ، والصحيحُ أنه يُسْلك به مَسْلَكَ الرواية [٦] . وإن شُرِطَ العددُ ، ففي لفظ « الشهادة » وجهان [٧] . وعلى الجملة : ليست هذه شهادةً محققةً ، ولكن لا يَبْعد الاستظهارُ فيها بالعدد واللفظ .

وقد حصل أنَّ العدد شرطٌ في الشاهد والمُزَكّي والمترجم والمُقَوِّم ، ولا يُشْترط في القائف [٨]

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١١/ ١٣٦) و المنهاج ص (١٤٩) .

(٢) في (ب) : « تعبيره » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فرع » .

(٤) يعني إن لم نشترط العدد في المُسْمع .

(٥) والأصح اشتراط الحرية كما في الروضة (١٣٦/١١) والمنهاج ص (١٤٩) .

(٦) وخالفه الرافعي والنووي كما في الروضة (١٣٧/١١) .

(٧) يعني فيقول المسمع للقاضي أو للأصم : أشهد أنه يقول كذا .

(٨) القائف : اسم فاعل من : قَافَ الرجلُ الأثرَ قَوْفًا وقِيَافَةً ، أي : تَبِعَه ، والجمعُ : قافة وقُوَّف . ويُطلق على من يتتبع الأثَرَ ، والمقصودُ به هنا الذي يَعْرِف النسبَ – بفراسته ونظره – إلى أعضاء المولود والوالد . انظر : مختار الصحاح ص (٥٥٦) . القاموس المحيط ص (١٠٩٥) . معجم لغة الفقهاء ص (٣٥٣) .

للخبر (١) وهل يُشْترط في الخارص (٢) ، والقاسم (٣) ، والمُسْمِع ؟ فيه وجهان .

ثم إن (٤) شرطنا العدد في المسمع (٥) فلا بد من رجلين وإن كانت الخصومة في مال وكذا في الشهادة على الوكالة بالمال ؛ لأنَّ المشهودَ عليه ليس بمالٍ في نفسه وإن كان إليه يئول .

فرع : إذا طلب المُسْمِعُ أجرةً ، فهي على صاحب الحقِّ أم هي من بيت المال ؟ على وجهين .

الأدب الرابع : أن يتخذ القاضي مجلسًا رفيعًا ، يكون مَهَبَّ الرياح في الصيف ، وفي الشتاء كما كسا (٦) . والمقصودُ أنْ لا يَتَسَارع إليه المَلَلُ ، فيستضرّ الخصومُ . ولا ينبغي أن يتخذ المسجدَ مجلسًا للقضاء ؛ فإنْ فَعَل ذلك فهو مكروهٌ وليس بمحرم . وسببُ الكراهة إفضاؤه إلى رفع الأصوات ودخولِ النساء الحُيَّضِ والصبيانِ ، وقال الشافعي (رضي الله عنه) : « إذا كنتُ

---

(١) يشير إلى الحديث الصحيح الذي رواه البخاري (٥٧/١٢) (٨٥) كتاب « الفرائض » (٣١) باب « القائف » حديث (٦٧٧٠) بإسناده إلى عائشة ، قالت : إن رسول الله ﷺ دخل عليَّ مسرورًا ، تَبْرُقُ أساريرُ وجهِه ،فقال: « ألم تَرَيْ أنّ مُجَزِّزًا نَظَرَ آنفًا إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال : إنَّ هذه الأقدامَ بعضُها من بعض !! » .

ورواه مسلم (١٠٨١/٢) (١٧) كتاب « الرضاع » (١١) باب « العمل بإلحاق القائف الولد » حديث (١٤٥٩) . وأبو داود (٦٩٨/٢) حديث (٢٢٦٧) والترمذي (٣٨٣/٤) حديث (٢١٢٩) . والنسائي (١٨٤/٦) . وابن ماجه (٧٨٧/٢) حديث (٢٣٤٩) جميعا من طرق عن ابن شهاب الزهري عن عروة عن عائشة (رضي الله تعالى عنها) مرفوعًا .

(٢) الخارص : اسم فاعل من « الخَرْص » ، وهو التقدير ، والقولُ بالظن . والخارص هو الذي يقدر الأشياء وأثمانها بنظره وخبرته في مجاله . انظر : المصباح المنير (٢٥٨/١) . القاموس المحيط ص (٧٩٥) . أنيس الفقهاء ص (٢١٢) مادة (خ ر ص) .

(٣) القاسم : اسم فاعل من « قسم » والمقصود به هنا الذي يقسم الدور والأرض بين الشركاء فيها ، وفي المحكم لابن سيده : هو الذي يقسم الأشياء بين الناس . انظر لسان العرب (٣٦٣٠/٥) مادة (ق س م) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ثم إذا » .

(٥) قوله : « في المسمع » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٦) كذا في النسخ ولا أدري ما هي .

أَكْرَه ذلك ، فإقامةُ الحدود أَكْرَهُ » (١) ولا بأس بفصل قضية أو قضايا في أوقات متفرقة [وقد] (٢) فعل ذلك رسولُ الله ﷺ ، ولكنْ لم يتخذْه (٣) مجلسًا ، وكلامُ المزنيِّ يُشير إلى أن اتخاذَه مجلسًا لا يُكْرَه ، لكِنِ الأَوْلى تركُه ، والصحيحُ الكراهيةُ .

فرع : ذَكَر الصيدلانيُّ وجهين في أنَّ القاضي ، هل يَتَّخذ حاجبًا وبوابًا ؟ والوجه أن يُقال : له ذلك إنْ كان في خلوة . (٤ وإن جلس للحكم ٤) وخَشِيَ الزحمةَ ، فله ذلك ، وإلا فَلْينظر إلى المصلحة . نعم ، ينقدح التردُّدُ إن (٥) لم يَخْشَ الزحمة من حيث إنَّ فيه توقفًا لصاحب الحق إلى الاستئذان ، فيجوز أن يُمْنع منه ، ويجوز أن يُحْتمل ذلك ؛ لِيَسْتَعِدَّ القاضي ويترك انبساطَه في البيت ويتصدَّى له .

الأدب الخامس : أن لا يقضي في حالِ غضبٍ وحزنٍ بَيِّنٍ ، وألمٍ مُبَرِّح ، وجوعٍ غالب ؛ إذ يَسُوءُ خُلُقُه فيمتدّ غَضَبُه (٦) ؛ قال رسول الله ﷺ : « لا يَقْضِي القَاضِي وهو غَضْبَانُ » (٧) . وفي

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله في القضاء في المسجد : (قال الشافعي رضي الله عنه : « إذا كنتُ أكره ذلك ، فإقامةُ الحدودِ أكْرَهُ) إنما قال الشافعي : « وأنا لإقامةِ الحدّ في المسجد أكْرَهُ » ، وهذا هو الصواب والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩١/ب) .

قلت : انظر قولَ الشافعيِّ هذا في الأم (١٩٨/٦) . مختصر المزني ص (٢٩٩) . معرفة السنن والآثار (٢٢٢/١٤) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لم يتخذ » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وإن جلس في الحكم » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

(٦) في نسخة أخرى « فيحتدّ غضبه » .

وقال ابن الصلاح : « قولُه في أنه لا يَقْضي مع الحزن والألم والجوع (إذ يسوءُ خلقُه ، فيحتدّ غضبُه ، قال رسول الله ﷺ : « لا يقضي القاضي وهو غضبان ») تمامه أن يقول : (وإن لم يَحْتَدَّ غضبُه فيشتغل قلبُه) فهو في معنى المنصوص . وهذا الحديثُ في الصحيحين من رواية أبي بكرة ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٩١/ب) .

(٧) الحديث رواه البخارى في صحيحه (١٤٦/١٣) (٦٣) كتاب « الأحكام » (١٣) باب « هل يقضي القاضي – أو يفتي – وهو غضبان ؟ » حديث (٧١٥٨) ، ورواه مسلم (١٣٤٣/٣) (٣٠) كتاب « الأقضية » (٧) باب « كراهة قضاء القاضي وهو غضبان » حديث (١٧١٧) . وأبو داود (١٦/٤) حديث (٣٥٨٩) . والترمذي (٦٢٠/٣) حديث (١٣٣٤) . والنسائي (٢٤٧/٨) . وابن ماجه (٧٧٦/٢) حديث (٢٣١٦) جميعًا من طرق عن أبي بكرة (رضي الله عنه) مرفوعًا .

معناه كلُّ ما يمنع من التؤدة واستيفاءِ الفكر .

الأدب السادس : أن لايخرج حتى يَجْتمعَ علماءُ الفريقين (١) ، لِيُشَاورهم / فيكون أبْعَدَ من التهمة؛ قال تعالى: ﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ ﴾ (٢) قال الحسن البصري (رحمه الله) : « كان عليه الصلاةُ والسلام مُسْتَغْنِيًا عن مُشَاورتهم ، ولكنْ أرادَ أنْ تَصيرَ سُنَّةً للحُكَّام » (٣) . ٢٨٩/ب

الأدب السابع : أن لايبيع ولايشتري بنفسه ولابوكيلٍ معروفٍ ؛ لأنه يُسْتَحْيَا منه أو يُخَاف ؛ فَيُحَابى ، فيكون مُرْتشيًا بقدْر المسامحة .

الأدب الثامن : إذا أساءَ واحدٌ أَدَبَه في مجلسه بمجاوزة حَدِّ الشرع – في الخصام أو مشافهة الشهود بالتكذيب – زَجَرَه باللسان ، فإنْ عاد عَزَّرَه وراعى التدريجَ فيه ، فإنْ ظَهَرَ له شهادةُ زورٍ عَزَّر المُزَوِّرَ على مَلأ من الناس ونادَى عليه حتى لايُحَمَّل الشهادةَ بعده .

الأدب التاسع : أن لا يقضي لولده ولا على عدوِّه بعلمه وإن قلنا : يَقْضي بالعلم . وهل يَقْضي بالبينة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنه أسيرُ شاهدين ، فليس إليه شيءٌ بخلاف الشاهد ، فإنه يقدر على الكذب .

والثاني : وهو الأصحُّ ، أنه لايَقْضي ؛ إذ إليه الاستقصاءُ في دقائق أداء الشهادة ، والردُّ بالتهمة ، وإليه التسامحُ فيه ، فولدُه كنفسِه ، فيرفع إلى الإمام . فإنْ رفع إلى نائبه وحَكَم به ، ففيه وجهان يلتفتان على أنه هل ينعزل بموته ؟ فإنه إن لم ينعزل يشابه قاضيًا مُسْتقلا (٤) .

ووصيُّ اليتيمِ – إذا وَلِيَ القضاءَ – فلا يَقْضي له ؛ لأنه خَصْمٌ في حقه كما في حقِّ نفسه

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (لا يخرج حتى يجتمعَ علماءُ الفريقين) لا اختصاصَ في ذلك بالفريقين ، وكأنه قال ذلك نظرًا منه إلى الواقع في تلك البلاد التي ليس فيها غَيْرُ الفريقين : الشافعيةِ والحنفيةِ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ق ١١٩/ب) .

(٢) من الآية (١٥٩) من سورة (آل عمران) .

(٣) رواه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٢٨٨/١٤) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « قاضيا آخر » .

وولدِه ، وقال القفال : « يَقْضي ؛ لأنّ كلَّ قاضٍ فهو وليُّ الأيتامِ » وهو الصحيحُ .

الأدب العاشر : أن لا يَنْقض قضاءَ نفسِه ولا قضاءَ غيره بظنٍّ واجتهادٍ يُقَارب ظَنَّه الأولَ ؛ قضى عمر (رضي الله تعالى عنه) بإسقاط الأخ من الأب والأمّ في مسألة « المشرّكة » بعد أنْ شَرَّكَ في العام الأوّل ، فَرُوجِعَ فيه ، فقال : ذاك على ما قضينا وهذا على ما نقضي [1] .

ويَنْقُضُ في أربعة مواضع :

الأول : أنْ يُخَالف نَصَّ الكتابِ ، أو سنةً متواترةً [2] أو إجماعًا ، وهذا ظاهر .

الثاني : أنْ يخالف قياسُه واجتهادُه خَبَرَ الواحدِ الصحيحَ الصريحَ الذي لا يحتمل إلا تأويلًا

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (قضى عمر – رضي الله عنه – بإسقاط الأخ من الأب والأم في مسألة « المشرّكة » بعد أن كان شرّك في العام الأول) هكذا وقع في « النهاية » و « البسيط » وهو سَهْوٌ قطعًا ، وإنما هو على العكس (شَرَّك بعد أن لم يُشَرِّك) كذلك رواه الحافظ البيهقي في كتاب « السنن الكبير » والله أعلم» . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٢/أ) .

قال الحموي : « قوله في باب القضاء : (العاشر : ألا ينقض قضاءَ نفسه ولا قضاء غيره ولا اجتهاد يقارب ظنَّه الأول . قضى عمر (رضي اللّه عنه) بإسقاط الأخ من الأب والأم في مسألة المُشَرَّكة بعد أن شرَّك في العام الأول فروجع فقال : ذلك على ما قضينا ، وهذا على ما نقضي) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكال ، فإنه ذكر أولًا أنه شرَّك في العام الأول ثم قضى في العام الثاني بخلافه ، وليس الأمر كذلك ؛ فإن الشيخ ذكر في كتاب الفرائض ما يخالف هذا النقل فقال : (وقعت هذه المسألة في زمن عمر فأسقط الإخوةَ من الأب والأم ، فقال أخ الأب والأم : هَبْ أن أبانا كان حمارًا ، أَلَسْنَا من أم واحدة ؟! فشرك عمر بينهما) وهذا يدل على أنه حكم أولًا بإسقاط الإخوة من الأبوين ثم رجع فشرَّك بينهما ، هذا مع أن صاحب الشامل عكس ما ذكره الشيخ في القضاء فقال فيه : شرك بعد أن أسقط في العام الأول مثل ما ذكره الشيخ في الفرائض ، [وهذا يخالف ما ذكره الشيخ في الفرائض] . هذا إشكال ظاهر .

قلت : يمكن أن يجاب عنه بأن يقال : لعل ما ذكره الشيخ روايةٌ أخرى في واقعة أخرى ؛ فيكون في العام الأول شرَّك ، وفي العام الثاني أسقط ، ويُحْمَل ما ذكره في الفرائض على واقعةٍ أخرى ، ويكون ذلك جمعًا بينهما ، وتكون واقعةُ الفرائض آخِرًا ؛ لئلا يلزم أن يكون ذلك رجوعًا ، فيلزم منه نفيُ الاستدلال بواقعة عمر في الفرائض وهي متفق عليها عندنا ، وبه خرج الجواب على حسب الإمكان » . إشكالات الوسيط (ق ١٨٩/أ- ١٩٠/أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أو السنة المتواترة » .

بعيدًا يَنْبُو الفَهْمُ عن قبوله ؛ فَيُنْقَض قضاءُ الحنفيِّ في مسألة خيار المجلس [(١)] ، والعرايا ، وذكاة الجنين ، وأَلْحَقَ الأصحابُ به النكاحَ بلا وليٍّ [(٢)] ، والحكمَ بشهادة الفاسق [(٣)] ، وبَيْعَ أمهات الأولاد وأمثالَه . وقالوا : لا نُبَالي بتنزيل المتبايعين في خيار المجلس على المتقاولين ، وتنزيل المرأة في النكاح بلا وليٍّ على الأَمَة والصغيرة ؛ فإنه جَلِيُّ البطلان .

الثالث : أن يُخالف القياسَ الجليَّ ؛ فَيُنْقض قضاءُ أصحاب الظاهر [(٤)] المعتقدين بطلانَ

---

(١) **مذهب الشافعية** : أنه إذا انعقد البيع بالإيجاب والقبول ثبت لكل من المتبايعين الرجوعُ في هذا العقد ما لم يَتَفرَّقَا ، فإذا تفرقا من مكان العقد - مما يُعَدُّ في العرف تفرقًا - ثبت البيعُ ولزم كلاًّ منهما . وهذا مذهب الحنابلة أيضًا .

ومذهب الحنفية : أن البيع يثبت بالإيجاب والقبول ويَلزم كلًّا منهما وإن لم يتفرَّقا ، وهو مذهب المالكية أيضًا . انظر تفصيل هذه المسألة في : مختصر المزني ص (١١٠) . حلية العلماء (١٥/٤) . رحمة الأمة ص (١٢٩) . إيثار الإنصاف ص (٣١١) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله فيما ينقض فيه الحكم : (وأَلحق الأصحابُ به النكاحَ بلا وليٍّ) هذا مما لا ينبغي أن يُنْسَب إلى الأصحاب مطلقا ، فإنه خلافُ ظاهرِ المذهب ؛ وقد ذكره في كتاب « النكاح » منسوبًا إلى بعض الأصحاب ، وذلك هو الصواب ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٢/أ) .

(٣) **مذهب الحنفية** : أن الشاهد يجب أن يكون عدلًا ، لكن لو حكم القاضي بشهادة الشاهد الفاسق : صَحَّ .

ومذهب الشافعية : أنه لا يصحُّ الحكمُ بشهادة الفاسق . وانظر في تفصيل هذه المسألة : المبسوط (١٣٠/١٦) . تحفة الفقهاء (٣٦٣/٣) . فتح القدير (٣٧٥/٧ ، ٣٧٦) . رد المحتار (٤٧٢/٥ ، ٤٧٣) . ملتقى الأبحر (٨٤/٢ ، ٨٥) . روضة الطالبين (١٥٦/١١) .

(٤) أصحاب الظاهر : تُطْلَق على مدرسة فقهية ذات أصول معينة في استنباط الأحكام الشرعية . ومن ذلك الاعتمادُ الكليُّ على ظاهر القرآن والسنة ، وإجماع الصحابة فقط . وهذه المدرسة تُنكر القولَ بالقياس والمصادَر الشرعية الأخرى : كالاستحسان وسدِّ الذرائع وشرع مَنْ قبلنا وغير ذلك مما اختلف في قبوله أئمةُ المذاهبِ الأربعة المعروفة . والمقصود بالظاهر عند هذه المدرسة ما ذكره ابنُ حزم ، وهو « ظاهر اللفظ من ناحية اللغة ؛ فلا يُصْرف اللفظ عن معناه اللغويِّ إلا بنصٍّ آخر أو إجماع ، فإنْ نُقِلَ اللفظ عما اقتضاه ظاهرُه وعما وُضِعَ له في اللغة إلى معنى آخر - بغير نص أو إجماع - فحكمُ ذلك النقلِ أنه باطل ، ويُعتبر - في نظرهم - تبديلًا لكلام الله عز وجل » .

والإمام الأول لهذا المدرسة داود بن علي وهو مؤسس المذهب وتوفي عام (٢٧٠) هـ . ومن أكابر هذا المذهب الذين نافحوا عنه الإمام ابن حزم المتوفي عام ٤٥٦ هـ ، ومن مؤلفاته : الإحكام ، وهو في أصول المذهب الظاهري ، وكتاب « المحلَّى » في الفقه الظاهري . انظر رسالة الإمام داود الظاهريّ وأثره في الفقه الإسلامي ص (١٣١) .

القياسِ ؛ لأنه باطلٌ بدليل أصولي قاطع .

ويُنْقض قضاءُ الحنفيِّ إن قضى بالاستحسان المخالف للقياس الجليّ إلا أن يُعنى به اتباعُ الخبر أو القياس الخفي ، فَمنِ استحسنَ بغير ذلك فقد شرَّعَ . نعم ، قد استحسن الشافعي (رضي الله عنه) الحلفَ بالمصحف ، ولكنَّه مصلحةٌ من غير مخالفة خبرٍ وقياسٍ ؛ فهو جائزٌ .

ويُنْقض مذهبُ [1] الحنفيّ في مسألة القتل بالمثقَّل ، ومعظمِ مسائل الحدود و الغصب ؛ لأنه على خلاف القانون الكُلِّيِّ [2] . وقال الشافعي (رضي الله عنه) : أنقض قضاءَ مَنْ حكم لزوجةِ المفقود بأنْ تَنْكِحَ بعد تَرَبُّصِ أربع سنين [3] وإن كان ذلك مذهبَ عمر (رضي الله تعالى عنه) .

الرابع : أن يُقاوِمَ القياسَ الجليَّ [4] قياسٌ خَفِيٌّ يستند إلى واقعة شاذة لايمكن تَلْفِيقُه إلا بتكلُّف [5] كقول أبي حنيفة (رحمه الله) : إنَّ المأذون [6] في التجارة لا يقتصر على الإذن بل يتعدَّى ؛ لقياسٍ يتكلف استنباطه من مسألة « العهدة » بالحيلة [7] . وقولُنا : إنه يتبع إذنَ المالك ، قياسٌ جَليٌّ يعلم الأصوليُّ سقوطَ خيالهم بالإضافة إليه .

وعلى الجملة فإذا لم ينقدح عنده إمكانُ الإصابة عند الله عز وجل بعد إحالة وقع فينقضه ،

---

(١) في (أ) ، (ب) : « قضاء » .

(٢) انظر المنخول من تعليقات الأصول للإمام الغزالي ص (٥٠٢) ، وتحفة الفقهاء (١٠٣/٣) .

(٣) انظر الأم (٢٤٠/٥) . مختصر المزني ص (٢٢٥) .

(٤) القياس الجليّ : « هو الذى يعرف به موافقة الفرع للأصل بحيث ينتفي احتمال مفارقتهما أو يَبْعد ، وذلك كظهور التحاق الضرب بالتأفيف في قوله تعالى : ﴿ فلا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ ﴾ [الإسراء : ٢٣] وما فوق الذرة بالذرة في قوله : ﴿ فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ ... ﴾ [الزلزلة : ٧] ونظائره ؛ فإنّ فروعَ هذه الأحكام أولى في الأصول ، وبعضُ الشافعية لا يُسَمِّي هذا قياسًا ، ويقول : هذه الإلحاقاتُ مفهومةٌ من النص » . انظر الروضة (١٤٩/١١) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « إلا بتكليف » .

(٦) يعني العبد المأذون له في التجارة .

(٧) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من قول أبي حنيفة : إن العبد المأذونَ له في التجارة ، لا يَقتصر على ما أَذِنَ له فيه السيدُ من أنه قال ذلك لقياسٍ تكلَّف بالحيلة استنباطَه في مسألة « العهدة » يَعْني به ما ذكره من أن العبد يتصرف لنفسة بدلالة تَعَلُّقِ العهدة به ، والمتصرِّفُ لنفسه لا يَقْتصر بل يَسْترسل ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٩٢/أ) .

وهذا مما يختلف بالمجتهدين والوقائع ، وإنما لا يُنْقض القضاء [١] حين يتقارب النظرانِ تقاربًا لا يُبْعِد وَهْمَ الإصابة [٢] ، أو المصير إلى أنّ كلَّ واحدٍ مصيبٌ .

ثم القضاءُ - وإن لم يُنْقَضْ - فلا يتغيَّر به الحكمُ باطنًا ، وإنما ينفذ القضاءُ عندنا ظاهرًا وإن وقع في محلِّ الاجتهاد [٣] . وقال القفال : « يحل باطنًا » ، وقَطع الأصوليون بأنه لا يتغيَّرُ أَمْرُ الباطن . وهو الصحيحُ ؛ فلا يَحلُّ للشفعوي شُفْعةُ الجار وإن قضى له الحنفيُّ بها [٤] .

وهل يَمْنَعُه الحنفيُّ عن طلبه على خلاف اعتقاده ؟ فيه تردُّدٌ . والظاهرُ أنه لا يَمْنع ؛ إذ القاضي لا يلتفت [٥] إلى مذهب غيره .

فرع : لو ظهر له خطأٌ في واقعة فليتتبع وإن لم تُرْفَع إليه . وإنْ ظهر له خطأُ القاضي المعزول [٦] لا يَلْزَمُه التتبعُ مالم تُرْفَعْ إليه .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « يَنْقض القاضي » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لوهم الإصابة » .

(٣) انظر معرفة السنن والآثار (٢٥٩/١٤) .

(٤) وذلك لأنّ مذهب الشافعية أنه لا شفعة للجار ، وهذا قول المالكية والحنابلة أيضًا . وقال أبو حنيفة : تجب الشفعة وتثبت بالجوار . انظر في تفصيل هذه المسألة : حلية العلماء (٢٦٦/٥) . تحفة الفقهاء (٤٩/٣) . مختصر الطحاوي ص (١٢٠) . الهداية (٣٤٩/٤) . فتح القدير (٣٦٩/٩ - ٣٧١) . ملتقى الأبحر (١٩٦/٢) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لا ينظر » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « المصروف » .

٢٩٠/أ

الفصل الثاني /
في مُستند قضائه [١]

ولا يخفى استنادُه إلى الحجج ، والغرضُ القضاءُ بالعلم والخطّ [٢] . أما القضاءُ بما ينفرد بعلمه [٣] ، ففيه قولان :

أحدهما : أنه يَقْضي به ، وهو أَقْوى من شاهدين [٤] .

والثاني : لا ؛ لأنه يتعرّض للتُّهْمَة ويُوغِر الصدورَ ولا يليق بالإيالة فَتْحُ هذا الباب ، فيصير أيضًا وسيلةً لِقُضَاة السوء . وفي العقوبات قولان مرتبان ، وأولى بأنْ لا يقضي . والصحيحُ أنه لا معنى للترتيب مع حصول حقيقة العلم ، والعقوباتُ فيه كالمال .

فإنْ قلنا : يقضي [٥] ، فلا خلاف أنه لا يقضي بظَنّه الذي [٦] لا يَسْتند إلى بَيِّنَةٍ ، ويَقْضي بعلمه كيف كان [٧] . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يَقْضي إلا بعلمٍ حَصَل في زمانٍ ولايته ومكانِ ولايته [٨] . وإن قلنا : لا يقضي ، فَيُسْتثنى عنه أربعةُ أمورٍ :

---

(١) أي كالإقرار والبينة وغير ذلك من أدلة الإثبات التي تُسَوِّغ حكم القاضي أو يَبْني حكمَه عليها .

(٢) أي والغرضُ من هذا الفصل بَحْثُ هل يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه ، أو خطّه . انظر ما يتعلق بالحكم بخطه في الصفحة التالية وما بعدها .

(٣) كعلمه بصدق المدَّعِي مثلًا .

(٤) وهذا القول هو الأظهر كما في روضة (١١/١٥٦) و المنهاج ص (١٤٩) والغاية القصوى للبيضاوي (٢/ ١٠١١) .

(٥) أيْ : يقضي بعلمه .

(٦) في (أ) ، (ب) : « إذ » والمعني متقارب .

(٧) يعني يقضي بعلمه ، سواءٌ ما عَلمه في زمن ولايته ومكانها ، أو ما علمه في غيرهما . وإذا قلنا : يقضي بعلمه فذلك في المال قطعًا ، وكذا في القصاص وحَدّ القذف على الأظهر ، ولا يجوز في حدود الله تعالى – على المذهب – . انظر الروضة (١١/١٥٦) . المنهاج ص (١٤٩) .

(٨) **مذهب الشافعية** : أن للقاضي أن يحكم بعلمه في حقوق الآدميين ، سواءٌ عَلم ذلك قبل التولية أم بعدها . وسواء كان ذلك في حَيّز ولايته أم لا . أما في حقوق الله تعالى فليس له أن يقضي فيها بعلمه . وهذا قول أبي يوسف ومحمد من الحنفية . انظر : روضة الطالبين (١١/١٥٦) . الغاية القصوى (٢/١٠١١) . المنهاج ص (١٤٩) . حلية=

الأول [١] : أنه يتوقَّف عن القضاء إذا عَلِم كَذِبَ الشهود [٢] يقينًا ، بل يجب عليه التوقُّفُ عند الرِّيبة ، فكيف يَقْضي على خلاف معلومه ؟! .

الثاني : أنه يقضي [به] [٣] في عدالة الشهود [٤] . ومنهم من قال : يحتاج إلى مُزَكِّين على هذا القول [٥] ؛ لأنه يُتَّهم ، وكيف لا ، والعدالةُ لا تُعْلَم يقينًا [٦] .

الثالث : يقضي على من أَقَرَّ في مجلس القضاء وإن رجع المُقِرُّ ؛ فإنه أقوى الحجج . وأما إنْ أَقَرَّ عنده سِرًّا فَيُخَرَّج على القولين [٧] ، ومنهم من جوّز أيضًا على الإقرار سِرًّا قولًا واحدًا .

الرابع : أنه لو شهد شاهدٌ واحد ، فهل يُغْني علمُه عن الشاهد الثاني حتى يكون هو كشاهد آخر ؟ فيه وجهان ، والأصحُّ أنه لا يكفي .

أما « الخط » فإذا رأى القاضي خَطَّه بأني قضيتُ بكذا ، لم يَجُزْ له إمضاؤه وكذا الشاهد [٨]

= العلماء (١٤٢/٨ ، ١٤٣) .

ومذهب أبي حنيفة : أن ما علمه القاضي من حقوق العباد ، في مصره الذى هو فيه قاضٍ - فله أن يحكم فيها بعلمه ، إذا رُفعت إليه . أما ما في غير مصره أو قبل أن يتولى القضاء ، فخوصم إليه فيه ، فليس له أن يحكم فيه بعلمه . انظر : مختصر الطحاوي ص (٣٣٢) . بدائع الصنائع (٦/٧) . تحفة الفقهاء (٣٧٠/٣ ، ٣٧١) . رد المحتار (٢٣/٥) ملتقى الأبحر (٧٥/٢) .

ومذهب المالكية والحنابلة : أنه ليس للقاضي أن يحكم بعلمه أصلًا ، وسواء في ذلك حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين . واستثنى الحنابلة أنه يحكم بما علمه من الإقرار في مجلس القضاء ، وعن أحمد روايات أخرى في ذلك . انظر : الكافي ص (٥٠٠) . القوانين الفقهية ص (٢٩٩) . الشرح الكبير (١٥٨/٤) الخرشي على مختصر خليل (١٦٤/٧) ، (١٦٩/٧) . الشرح الصغير على أقرب المسالك (٢٣٠/٤) . المقنع ص (٣٢٩) المبدع (٦٠/١٠ ، ٦١) . الفروع لابن مفلح (٤٦٩/٦) . دليل الطالب ص (٢٧٧) . المغني (٥٣/٩ ، ٥٤) .

(١) في (أ) ، (ب) : « أحدهما » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « الشاهد » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) يعني : أنه يقضي بعلمه إذا شهد عنده رجلان يَعْلم هو عدالتَهما بنفسه .

(٥) أي : على قول أنه لا يقضي بعلمه .

(٦) وهذا ضعيف كما في الروضة (١٥٦/١١) .

(٧) يعني : يقضي بعلمه أو لا يقضي ؟ .

(٨) أي : وكذا الشاهد لا يشهد بمضمون خَطِّه إذا لم يتذكر الواقعة .

بل لا بُدَّ وأنْ يتذكَّرَ الواقعة بجميع حدودها . وقال أبو يوسف : يجوز الاعتمادُ على الخطّ كما في اليمين ، فإنه إذا رأَى خطَّ أبيه ؛ جاز له أن يَحْلف على البتِّ في طلب الحقوق وإسقاطها إذا وَثِقَ به [(١)] . وقطع أصحابنا بالفَرْق ؛ لأنَّ التزويرَ على الخطِّ بحيث لا يَخْتلف : ممكنٌ ، وفي فتح هذا الباب خطرٌ عام بخلاف اليمين ، فإنه يُبَاح [(٢)] بغالب الظن ولا تؤدي إلى ضرر عام .

فإذن ، الاعتماد [(٣)] على ثلاث درجات : أَوْسَعُها الحلفُ ، وأضيقُها القضاءُ والشهادة ، فإنه لا يعتمد فيه [مجرد] [(٤)] الخطّ دون التذكُّر ، وبينهما روايةُ الأحاديث ؛ فإنه لا يُعْتمد فيه مجردُ الخط إن أمكن التحريف ، لكن إن صحت النسخة وحفظها بنفسه وأَمِنَ من التغير : جازت الروايةُ على الأظهر ، وعليه عملُ علماءِ الأمصار . وسوَّى الصيدلانيُّ بينهما ، وقال : لا يَحِلُّ للمُحَدِّث إلا روايةُ ما حَفِظَ وتذكَّرَ ؛ فَلْيَرْوِ كذلك أو لِيَتْرُكِ الروايةَ . وسَوَّى الشيخ أبو محمد (٥على العكس من هذا ، وقال ٥) : « الشاهدُ إذا نسخَ الواقعة ، وحَفِظَ النسخةَ في خزانة ، ووَثِقَ بأنه لم تُحَرَّفْ : جاز له الشهادةُ وإنْ لم يذكر » ، والمشهورُ بين الأصحاب الفرقُ بين درجة الشهادة والرواية في صورة حفظ النسخة [(٦)] ، وما ذكرَه الشيخُ أبو محمد أَقْرَبُ مما ذكَره الصيدلانيُّ .

* * *

---

(١) يعني إذا رأى بخط أبيه : أن لي على فلان كذا ، أو أَدَّيْتُ إلى فلان كذا ، فله أن يحلف على الاستحقاق أو الأداء عن أبيه ؛ اعتمادًا على الخط إذا وثق بخطِّ والده وأمانته ، وهذا قول الشافعية . انظر الروضة (١١/١٥٩) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فإنها تباح » .

(٣) أي : الاعتماد على الخط .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « على عكس هذا فقال » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « الخط » .

فروع

الأول : لو شهد شاهدان عند القاضي بأنه قضى ، لم يَجُزْ له الحكمُ إذا لم يتذكر ، ويَشْهدان عند غيره ، فيثبت قضاؤه وإن لم يَذْكُرْه [١] ولم يُكَذِّبْهما . ولكن القاضي يَنْبغي أن يَطْلب من نفسه اليقينَ ، ولا يمكنه طلبُ اليقينِ من قاضٍ آخر . ويجوز هذا في الرواية ؛ فمن المشايخ من كان يقول : حَدَّثَني فلانٌ عَنِّي . وقال أبو يوسف : يُقْبل ذلك في القضاءأيضًا .

الثاني : أنه لو ادَّعى خصمٌ على قاضٍ : أنك قضيتَ لي ، فأنكر القضاءَ ، فليس له أن يَرْفَعَه إلى قاضٍ آخر ويُحَلِّفه [٢] ، بل هو كالشاهد لا يُحَلَّف إذا أنكر الشهادة . وقال القاضي حسين : « إن قلنا : إن اليمين المردودة كالإقرار ، فله ذلك حتى إن نَكَل حَلَفَ الخصْمُ وكان كإقرار القاضي » . وهذا ضعيف .

الثالث : إذا التمسَ صاحبُ الحقِّ من القاضي أن يُعْطيه خَطَّه بأنه قضى له ويُسَلِّم إليه محضرًا ديوانيا ، هل تجب الإجابة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه يجب ؛ إذ به إحكام الأمرِ وإتمامُه .

والثاني : لا ؛ إذْ لااعتمادَ على الخط ، وإنما الخطُّ مُذَكِّرٌ فقط .

فإن قلنا : يَكتب ، فالكاغَدُ [٣] على المُلْتَمِس إن لم يُطلق الإمامُ للقراطيس شيئًا ، وذلك مستحبٌّ إطلاقُه . ثم اعلمْ أنّا - وإن لم نوجب كَتْبَةَ [٤] المحضر - فيُسْتحبّ للقاضي استحبابًا مؤكدًا - مهما جَرَتْ قضيةٌ - أنْ يكتب مَحْضرًا يَذْكر فيه الواقعةَ وأسماءَ الخصمين . فإن كانا غريبين ، كَتَبَ الحِلْيَة ثم يَجْمع محاضِرَ كلِّ أسبوعٍ في إضْبَارة ، ومحاضِرَ الشهر في قِمَطْرة [٥] ،

---

(١) في نسخة أخرى : « وإن لم ينكره » كذا على هامش الأصل .

(٢) يعني : ليس للخصم أن يرفعه إلى قاضٍ آخر ، وليس له كذلك أن يُحَلِّف القاضيَ الأول .

(٣) أي الورقة .

(٤) في (أ) ، (ب) : « كتابة » .

(٥) قال ابن الصلاح : « الإضبارة : هي بهمزة مكسورة ، يقال : إِضْبارة من صحف أو سهام : أي حِزْمة . والقمطرة : وعاءٌ يُتَّخذ للكتب » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٢/ب) .

ومحاضِرَ السنة في خريطة [1] ، ويكتب عليه التواريخَ ويختم القاضي على الخريطة بنفسه ، ويحفظه بنفسه ، أو بعدْلٍ لا يَتَمَارَى فيه ، ويدفع نسخةً أخرى إلى صاحب الحقّ حتى إن ضاعت واحدةٌ سَهُلَ الرجوعُ إلى الأخرى . وهذا هو العادة ؛ فإنَّ التذكُّرَ من غير خطٍّ ، بعيدٌ .

ومَنْ / جوَّزَ للأُميِّ أن يكون قاضيًا ، فلا يُمْكنه إيجابُ الكتبة [2] وإن التمسَ صاحبُ الحقِّ . ٢٩٠/ب

* * *

(١) الخريطة : الكيس . انظر المصباح المنير (١/٢٥٨) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « الكتابة » .

الفصل الثالث

في التسوية بين الخصمين

وفيه مسائل :

الأولى : أنْ لا يُخَصِّص أحدَ الخصمين بالإذن في الدخول ، ولا بجواب السلام ، ولا بمزيد البِشْر ، ولا بالقيام ، ولا بالبداية بالكلام ، ولا برفع المجلس ، ولا بالنظر ، بل إنْ نَظَرَ ، نَظَرَ إليهما أو أطرق ، وقال : عليكما السلام (١) .

ولو بادر أحدُهما بالسلام صَبَرَ حتى يُسَلم الثاني فيُجيب معًا (٢) إلا أن يظهر التقدُّمُ (٣) ، فَيُعْذَر في الجواب (٤) . وقيل : ينبغي أن يَصْبر ؛ قال ﷺ لعَليّ (رضي الله عنه) : « سَوِّ بين الخصمين في مَجْلسك ولَحْظِكَ » (٥) ؛ فَيُسَوِّي بين الشريف والوضيع في المجلس إلا أن يكون أحدُهما ذِمِّيًا فيجوز أن يرتفع عليه المسلمُ على أحد الوجهين (٦) ؛ لما رُوِيَ أن عليًا (رضي الله تعالى عنه) دخل مع خصم ذميٍّ له إلى شُرَيْح (٧) ، فقام له شريحٌ ، فقال علي (رضي الله تعالى عنه) : « هذا أَوَّلُ جَوْرِكَ » ثم (٨) أسند عليٌّ (رضي الله عنه) ظهرَه إلى الجدار ، وقال : « أَمَا إنّ خَصْمي لو كان مسلمًا لجلستُ بجنبه (٩) » ؛ فلا بأسَ بهذا القدر ؛ لأمرِ الإسلام (١٠) ، أما التخصيص بالقيام فقد نَهَى عنه (١١) . ثم لا بأس أن يقول القاضي : مَنِ المدَّعي منكما ؟ فإذا

---

(١) يعني : يقول ذلك إذا سلَّما عليه .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فَيُحَيِّيهما معًا » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « يطول التقدم » يعني : إلا أن يأتي أحدهما إلى القاضي قبل صاحبه بوقت طويل .

(٤) يعني : فَيُعْذر بِرَدِّ السلامِ على أحدهما .

(٥) لم أجده .

(٦) وهو الصحيح ، وبه قطع العراقيون . انظر الروضة (١٦١/١١) .

(٧) قال ابن الصلاح : « لم نجد لهذا إسنادًا » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٢/ب) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « ثم استند عَلَى ظهرِه إلى الجدار » .

(٩) في (ب) : « لجلستُ يمينَه » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « لِعِزّ الإسلام » .

(١١) قال ابن الصلاح : «قوله : (أما التخصيص فقد نَهَى عنه) هو بفتح النون ، أي : نَهَى عنه عليٌّ رضي الله عنه» . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٢/ب) .

ابتدر (١) أحدُهما بدعوى صحيحة ، فالظاهرُ أنه يقول للآخر : ماذا تقول (٢) ؟ وقيل : إنه يَسْكت حتى يُجيبَ الآخرُ إن شاء . ثم إنْ أقرَّ ، ثبت الحقُّ ولم يَفْتقر إلى أنْ يقول : قضيتُ ، بخلافَ ما لو قامت بيِّنةٌ ؛ لأن ذلك يتعلَّق باجتهاد . وقيل : يجب أن يقضي أيضًا في الإقرار .

وإن أنكر ، قال للمدعي : ألك بيِّنةٌ ؟ وقيل : إنه لا يقول ذلك ؛ فإنه كالتلقين لإظهار الحجة ، وليس للقاضي أنْ يُلَقِّنَ إقرارًا ، وإنكارًا ، وحجة (٣) . وهو بعيدٌ ؛ لأنه سؤالٌ لا تلقينٌ . فإنْ قال : لا بينةَ لي حاضرة ، (٤ ثم بعد ذلك أقام : قُبِلَ ، وإن قال : لا بيِّنةَ لي حاضرةٌ ٤) ولا غائبةٌ ، ثم أقام بعد ذلك ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا تُقبل ؛ لمناقضةِ قوله .

والثاني : يُقْبل قوله (٥) ؛ فلعلَّه تذكَّر (٦) . وإصرار المدَّعَى عليه على السكوت كإنكاره في جواز إقامة البينة .

الثانية : إذا تَساوَقَ المدَّعُون إلى مجلسه (٧) ، فالسَّبَقُ لمن سَبَقَ (٨) . فإن لم يسبق فالقرعةُ ، ولا يُقَدَّم لفضله إلا أنَّ المسافر يجوز تقديمُه إن رأى المصلحة .

ثم مَنْ خرجتْ قرعتُه اقتصر على خُصومةٍ . فإن أَنشأَ دعوى أخرى على ذلك الخصم بعينه ، فالظاهرُ المنعُ ؛ كشخصٍ آخر . ومنهم من جوَّز إلى ثلاث دَعاوى . ويجوز تقديمُ المرأة إذا اقتضت المصلحةُ ذلك ، ومنهم مَنْ مَنَعَ ذلك فيها وفي المسافر أصلًا ، وهو بعيدٌ . وكذلك إذا

---

(١) في (أ) ، (ب) : « ابتدأ » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ما تقول » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أو إنكارًا ، أو حجة » .

(٤) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٥) كلمة (قوله) ليست في (أ) ، (ب) .

(٦) وهذا هو الأصح . انظر الروضة (١١/١٦٣) .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله (إذا تساوق المدعون إلى مجلسه) استعماله « التساوق » بمعنى « التلاحق » صحيحٌ ، ففي كتاب « تهذيب اللغة » : تساوقتِ الإبلُ تساوُقًا : تتابعت . وأما استعمالُه « التساوق » في غير هذا الموضع بمعنى « التساوى » فَمُسْتَنْكَر ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ١٩٢/ب) .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (فالسَّبقُ لمن سَبَقَ) إذا قُرِيء بإسكان « الباء » فالمعنى يحتمله ، ويكون معناه : فالسَّبْقُ إلى الدعوى لمن سَبَقَ إلى الحضور . إلا أنَّ الوجْهَ أن يُقال بفتح « الباء » وهو مَثَلٌ يُضْرَب في تقديم السابق ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٢/ب) .

ازدحموا على المُفْتي والمدرس ، فَلْيُعَوِّلْ على القرعة أو السَّبْقِ إلا إذا كان ما يُطْلب [منه] (١) من العلم غَيْرَ واجبِ تعليمُه ؛ فإليه (٢) الاختيار والإيثار .

فرع : لو سبق أحدُهما إلى الدعوى ، فقال الآخر : كنتُ المدَّعِي ، فيُقال له : الآن اخْرُجْ عن موجب الدعوى ؛ فإنه سبق إلى الدعوى . فإن ابْتَدَءَا معًا ، أقْرَعَ بينهما .

الثالثة : ينبغي أن لا يَقْبل الهدية ، لا من الخصمين ولا من أحدهما ، بل يَتْرك قبولَ الهدايا أصلًا ، ولا بأس بقبولها ممن اعتادَ ذلك قبل القضاء ولا خصومة له .

وإن كان لا يعتاد ذلك ، ولا خصومة له في الحال : جاز القبولُ (٣) ، والأولى : أن يُثِيبَ (٤) أو يضع في بيت المال . وأما من [تكون] (٥) له خصومةٌ ، فيَحْرُمُ قبولُ هديتِه . وهل يَمْلِكه إنْ قَبِلَه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : [أنه] (٦) لا يملك ؛ لأنَّه حرامٌ .

والثاني : أنه يملك ؛ كالصلاة في الدار المغصوبة تصحُّ ويَحْرُم فعْلُها ، وكذا (٧) الخلافُ فيمنُ وهِبَ الماء - وهو محتاج إليه لوضوئه - من غير عطشان .

---

(١) زيادة من (ب) . (٢) في (أ) ، (ب) : « فَعَلَيْه » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا أَهْدى إلى القاضي مَنْ لم تكن له عادة بالهداية قبل ولايته ، ولا خصومة له في الحال : (جاز له القبول) فيه تَسَاهُلٌ . وفي ذلك وجهان :

أحدهما : أنه يُكره له ذلك ؛ لاسيما إذا كان المهْدِي من أهل ولايته . والثاني : أنه يحرم عليه قبولُها ، ولعله الأصحُّ ، فحديثُ أبي حميد الساعدي في صحيح البخاري مُطْلَق مانعٌ للعمال من قبول الهدية المتجددة بعد الولاية . وروينا في السنن الكبير عن أبي حميد الساعدي أيضًا عن رسول الله ﷺ أنه قال : « هدايا الأمراءِ غلولٌ » . وعن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) أن رجلًا كان يُهْدِي إليه كلَّ سنة فَخِذَ جزور ، فجاء يُخَاصِمُ إلى عمر (رضي الله عنه) فقال : يا أميرَ المؤمنين ، اقْضِ بيننا قضاءً فَصْلًا كما يُفْصَل الفَخِذُ من الجزور . فكتب عمر إلى عماله : لا تقبلوا الهدية ؛ فإنها رشوةٌ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٢/ب ، ١٩٣/أ) .

(٤) يعني : يُثِيبُ المُهْدِيَ ، فيُعطيه ما يُقَابل قيمةَ هديَّتِه .

(٥) زيادة من (ب) . (٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (ب) : « وكذلك » .

الرابعة : لا يُكْره له حضورُ الولائم إذا لم يُخَصِّصْ بالإجابة بعضَهم ؛ لأن في حضور الولائم أخبارًا كثيرة . وهذا في المأدبة العامة ، أما ما هُيِّىء لأجله ، فلا يحضره ؛ فإنَّه كالهدية .

ولا يَحْضر مَأْدبةَ الخصمين أصلًا ؛ فإنه ربما يتودَّد أحدُهما بزيادةِ تكلُّفٍ [1] .

* * *

(١) قال ابن الصلاح (رحمه الله) : « قوله : (ولا يحضر مائدة الخصمين أصلًا ؛ فإنه ربما يتودَّد أحَدُهما بزيادةِ تكلُّفٍ) ليس المراد به مائدةً واحدة اشترك الخصمان في اتخاذها ، بل ما إذا انفرد كلٌّ واحدٍ منهما بمائدة ، وسوّى القاضي بينهما في الحضور عندهما ، فلا ينبغي له ذلك ؛ لما ذكره من العلة ، وعلة أخرى ، وهي أنه لا يكاد ذلك يخلو من تقديم أحدهما في الإجابة وفي ذلك ما ذكره في تقديم أحدهما في جواب السلام ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٣/أ) .

الفصل الرابع
في التزكية

وفيه مسائل

الأولى : أنّ الاستزكاء عندنا حقُّ الله تعالى [١] . فإنْ سكت الخصمُ ، وَجَبَ على القاضي إلا إذا عَلم عدالتهما [٢] ؛ فإنَّ الظاهر أنه يُعَوِّل على العلم ههنا ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : إن سكت الخصم : قضى [٣] .

ولو أقر الخصْمُ بعَدَالَتِهما ، ولكنْ قال : قد زلّا في هذه الواقعة ، ففي وجوب الاستزكاء وجهان ، والظاهر أنه يقضي ؛ مؤاخذةً له بقوله ، وهو مذهبُ أبي حنيفة (رحمه الله) .

الثانية : في كيفية الاستزكاء .

وهو أن يكتب القاضي إلى المُزَكِّي اسمَ الشاهدين والخصمين وقدرَ المال ؛ فلعلَّه يَعْرف

---

(١) في (أ) ، (ب) : « حقٌّ لله تعالى » .

(٢) يعني إن سكت الخصم عن الطعن في شهود خصمه الآخر ، وجب على القاضي أن يطلب عدالتهما بسؤال المزكّين . فإذا كان يعلم عدالتهما بنفسه ، حَكَم بموجب شهادتهما .

(٣) **مذهب الشافعية :** أن القاضي لا يكتفي بظاهر العدالة حتى يعرف العدالة الباطنة ، سواء طعن الخصمُ في شهود خصمه أم لم يطعن ، وسواء كان ذلك في قصاص أو حدّ أو حق أو غيره . وهو مذهب مالك وأبي يوسف محمد من الحنفية ، وإحدى الروايتين عن أحمد واختارها ابن عقيل ، ونصرها ابنُ قدامة . انظر : الروضة (١١ / ١٦٧). حلية العلماء(٨/١٢٧، ١٢٨). رحمة الأمة ص(٣١٣). الكافي ص(٤٩٨). الشرح الكبير(٤/١٥٨، ١٥٩). الخرشي على مختصر خليل(٧/١٦٩) . أسهل المدارك(٣/١٩٨) . المغني(٩/٦٤).

ومذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أن القاضي يَسأل عن باطن عدالة الشهود في الحدود والقصاص ، وفيما عدا ذلك لا يسأل إلا أن يطعن الخصم في الشاهد ، فمتى طعن ، سأل عن العدالة ، ومتى لم يطعن ، لم يسأل ويسمع الشهادة ويكتفي بعدالتهم في ظاهر أحوالهم . انظر : مختصر الطحاوي ص (٣٢٨) . تحفة الفقهاء (٣ / ٣٦٣) . الهداية (٣ / ١٣١) . فتح القدير (٧ / ٣٧٧ ، ٣٧٨) . رد المحتار (٥ / ٤٦٦) .

بينهما عداوةٌ ، وربما يُعَدِّلُه في مقدارٍ يسير من المال دون كثير . ومن الأصحاب من قال : العدلُ في اليسير عدلٌ في الكثير فَذِكْرُ / قدرِ المال لا يجب . وهو الأشهر . ٢٩١/أ

ولْيكتبْ إلى المزكي سرًّا حتى لايتوسَّل الشاهدُ إلى الاستمالة والتعرُّفِ إلى المزَكِّي بِحُسْن الحال . ثم يُسْتحبُّ أن يُشَافِهَ القاضي المزكيَّ ظاهرًا في آخر الأمر . ويُسْتحبُّ أن يكون له جماعةٌ من المزَكِّينَ أَخْفياء لا يُعْرفون .

الثالثة : صفاتُ المزكين كصفات الشهود ، ويزيد أمران :

أحدهما : العلم بالجرح والتعديل .

والآخرُ : خبرتُه ببواطن الشهود [١] ؛ فلا يجوز التعديل بناءً على الظاهر . ولابُدّ من الذكورة . ولابد من العدد إلا إذا كان منصوبًا للحكم بالجرح والتعديل وسماع البينة ، فللقاضي أن يعتمد قولَه وحده إذا قامت البينةُ عنده . ويجب على المزكّي أنْ يقول : أَشهد بأنه عدلٌ ، إن قلنا : تجب المشافهةُ . وإن اكتفينا بالرقعة مع الرسول ، ففي اشتراط كَتْبِه لَفْظَ « الشهادة » خلافٌ كما في المترجم .

فرع : تزكيتُه لولده أو والدهِ ، فيه خلافٌ كما في القضاء [٢] ، والأظهرُ أنه كالشهادة .

الرابعة : في مُسْتند المزكّي . وينبغي أنْ لا يَجْرحَ إلا بمعاينة سبب الفسق أو يقينٍ وعلمٍ ؛ لأن ذلك يُمْكِن معرفتُه . أما العدالةُ فلا يُمْكن معرفتُها يقينًا ؛ لأنه يرجع إلى أنه ليس بفسق [٣] ، وهو نَفْيٌ ، والإنسانُ يُخْفِي عيوبَه جَهْدَه ، وإنما يُعَدِّل إذا خَبَرَ باطنَه بالصحبة معه ، أو شهد عنده

---

(١) في (أ) ، (ب) : « ببواطن الشاهد » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (تزكيته لولده أو والده ، فيه خلاف كما في القضاء) أي كما في قضائه بشهادة ولده أو والده للغير ، أو على الغير ، فإن فيه وجهين ؛ لأن في قضائه بشهادته حكما بتعديله . ووجه الجواز أنه لا يثبت بذلك له حقًّا . وقد سبق في قضائه له – بحق – بالبينة وجهان أيضًا ، لكنْ له مَأْخَذ آخر ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٣ /أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بفاسق » .

عدلان بعدالته إن كان منصوبًا للحكم بالتعديل (١) . والأصلُ فيه ما رُوِيَ أنَّ عمر (رضي الله تعالى عنه) قال لمن عرف شاهدًا بالصلاح : هل كنتَ جارًا له فتعرف إصْبَاحَه وإمساءَه (٢) ؟ فقال : لا . فقال : هل عاملْتَه على الدينار والدرهم ، فَبِهِمَا تُعْرف الأماناتُ ؟ فقال : لا ، فقال : هل صَحِبْتَه في السفر ، فَبِه تُعْرَف أخلاقُ الرجال ؟ فقال : لا ، فقال : ما أُراك إلا رأيتَه في المسجد يهمهم في صلاته ، يَرْفع رأسَه ويَخْفضه ، هاتِ مَنْ يَعْرِفك ؛ فإنه لا يعرفك (٣) . ولهذا يجب على القاضي أنْ يَعْرف أنّ المزكي ، هل خَبَرَ باطنَ الشاهدِ أم لا في كل مرة ، إلا إذا علم من عادته أنه لا يُزَكِّي إلا بعد الخبرة .

الخامسة : كيفيةُ التعديل أن يقول : هو عدلٌ عليَّ وليَ (٤) ، أو عدلٌ مقبولُ الشهادة ؛ فإنَّ العدلَ قد لا تُقْبل شهادتُه ؛ لكونه مُغفَّلًا .

ولا يجب ذِكْرُ سببِ العدالة ؛ فإنه لا ينحصر . ويجب ذِكْرُ سببِ الجرح ، مِنْ شُرْبٍ ، وزنا ، وأكلِ حرامٍ وغيره . وهذا وإن كان غِيبَةً ، (٥ فهو جائز لهذه الحاجة ٥) . وإنما يجب الذّكْرُ ؛ لأن للناس مذاهبَ في أسباب الجرح ، فمنهم مَنْ يُفَسّق بأدنى خيالٍ . ولا يَنْبغي أن يكونَ المزكِّي من المتعصبين في المذهب والأهواء (٦) .

السادسة : لا تكفي الرقعةُ إلى القاضي بالتعديل ؛ فإنّ الخط لا يُعْتمد . والأظهر أنه يجب المشافهة (٧) . وقال الإصطخري : يكفي رسولان عدلان ؛ إذ تكليفُه الحضورَ شهرةٌ ،

---

(١) في الأصل : « منصوبًا بالحكم للتعديل » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « صباحه ومساءه » .

(٣) انظر معرفة السنن والآثار (١٤ / ٢٣٧) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قول المزكي : هو عدل عليَّ وليَ ، قد صار من حيث العرف لا من حيث الوضع ، إلا على تمام العدالة ، وليس فيه تعرّضٌ لِنَفْيِ العداوةِ والولاية ، وذلك ليس من شرط العدالة ؛ فإنَّ العدوَّ والولدَ – مع رَدِّ شهادتهما – عدلان ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٣ / ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فهو جائز للحاجة » .

(٦) كلمة (الأهواء) ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٧) قال ابن الصلاح : « قطع أولا بأنه يستحب للقاضي أن يشافه المزكي في آخر الأمر بعد كَتْبِه الرقعةَ إليه . ثم ذكر خلافًا في وجوب المشافهة . وفي ذلك إشكال مُوهِمٌ ، فاعلمْ أن المشافهة الثانية المستحبة الأولى : هي من القاضي في السؤال عن التزكية بأن يُشَافه المزكّيَ بتعيين الشاهد المسئول عنه بالإشارة إليه ، أو غير ذلك ؛ فإنه إن ذكره في رقعة السؤال بنسبه وصفته ، فربما وقع فيه التباس . والمشافهة الثانية هي مشافهةِ المزكّي القاضيَ بنفس التزكية أو الجرح » . المشكل (جـ٢ ق ١٩٣ / ب) .

والمستحبُّ إخفاءُ المزكّي .

ومَنْ شَرَطَ المشافهةَ أوجبَ لفظَ « الشهادة » ، ومن اكتفى بالرسول تردَّدُوا فيه (١) .

السابعة : إذا زكّى المزكّون ، لكن ارتاب القاضي أو تَوَهَّم غلطًا في خصوص الواقعة ، فلْيُفَرِّقِ الشهودَ ولْيُرَاجعْ أنه كيف رأى ؟ وأيّ وقتٍ رأى ؟ فربما عثر على تفاوتٍ بين كلامَيْهِمَا (٢) فيكشف به وَجْه الغلط والتهمة (٣) .

فإذا كان الشاهدُ فقيهًا ، فله الإصرارُ على كلمة واحدة ، ولا يَلْزمه التفصيلُ ، فلا يُفَصِّل ولا يَزيد على الإعادة . وليس للقاضي إجبَارُه ، ولكن ليبحث عن جهات أُخَر .

فإن أصرَّ الشاهد ، وبحث (٤) ، ولم تَزُلِ الريبةُ ، وَجَبَ القضاءُ ؛ فإنه غايةُ الإمكان ، ولو قضى قبل البحث مع بقاء الرِّيبة ، لم يجُزْ له ذلك ؛ لأن البحث حقّ الله تعالى (٥) .

* * *

---

(١) قال ابن الصلاح : « ما ذكره في هذه المشافهة من أنه يُشترط لفظ « الشهادة » إن قلنا : تجب المشافهة ، وإن اكتفينا بالرقعة مع الرسول ، ففي اشتراطه خلافٌ : يُوهِمُ أن في صحة أصل التزكية من غير مشافهة خلافًا ، وليس كذلك ، وإنما الخلاف في وجوب المشافهة من المزكي . ومن لا يُوجبها ، يُوجِبُ المشافهةَ من الرسول الحامل للرقعة ، واكتفى بشهادته بذلك مع حضور الشاهد الأصل – وهو المزكّى – للحاجة ؛ كي لا يَعْرف المزكّي ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٣ / ب ، ١٩٤ / أ) .

(٢) في (أ) : « كلامهما » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « والتُّهَم » .

(٤) يعني القاضي .

(٥) في (أ) : « حق لله تعالى » .

فروع

الأول : لو عَدَّل رجلان ، وجَرَح رجلان ، فالجرحُ أَوْلَى ؛ لأنه مُستَنِدٌ إلى عَيَانٍ . ولو جرح رجلٌ واحد وعدَّل رجلان ، لم يُقْبَل الجرح .

الثاني : يتوقَّفُ القاضي إذا توقف المزكُّون ، ولا يجوز للمزكِّي الجرحُ بالتَّسَامُعِ في الفسق ، بل التوقف ، إلا إذا عَايَنَ أو سَمِعَ ، أو شَهِدَ عدلان عنده على مُشَاهدة الفِسْق وكان حاكمًا في التعديل . فإنْ عدل المزكون ، فللقاضي - إذا انفرد بتسامُعِ الفسقِ - أنْ يتوقَّفَ ؛ لأنه محلُّ الرِّيبة [(١)] .

الثالث : إذا شهد المُعَدَّلُ مرةً أخرى ، روجع المزكي إنْ طال الزمانُ ؛ إذِ الأحوالُ تتغيَّر . وإنْ قَرُبَ الزمانُ فلا . ولو رجع المزكي ففي غرامته للمال [(٢)] وجهان [والله أعلم] [(٣)] .

* * *

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (فإن عدّل المزكون ، فللقاضي - إذا انفرد بتسامع الفسق - أن يتوقف) يعني إذا انفرد بذلك عن المزكّين ؛ فإنَّ المزكي لو تَسَامَعَ بالفسق لوجَبَ عليه الامتناعُ من التزكية . وقال : (فللقاضي) باللام ، مع أنه يجب عليه ذلك لا أنّ المقصودَ جوازُ ذلك له ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٩٤ / أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ففي غرامته المالَ » . (٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

الباب الثالث
في القضاء على الغائب وكتاب القاضي إلى القاضي

والقضاء على الغائب يجوز ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [1] .

والنظرُ فيه يتعلق بستة أركان :

الركن الأول : الدعوى . فيشترط فيها ثلاثة أمور :

الأول : الإعلام . فإذا ادَّعى دَيْنًا ، فَلْيذكُرْ قدْرَه وجنْسَه . وهذا لا يختصُّ بالغائب فلا يَكْفيه أن يدعي / عشرةَ دنانير أو دراهم [ما لم يَذكرْ أيَّ نوعٍ هي] [2] ولا يُنَزَّل مطلقُ الدراهم ٢٩١/ب والدنانير على الغالب كما لا يُنَزَّل في الإقرار على الغالب بخلاف العقود ؛ إذ العادةُ تُؤَثِّر في المعاملات . ثم يُعْرِض القاضي عنه أو يَسْتفصله ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يُعْرِض ؛ حتى لا يكون كالتلقين ، وكذلك إذا أدَّى الشاهدُ شهادةً مجهولةً : فلا يُرْشِده القاضي بل يَسْكت ، وكذلك لو شَبَّبَ المدّعي بما لو ذكره كان إقرارًا ، لم يَزْجُره القاضي .

والثاني : أنه يَستفصل ، وهو الأصحُّ ؛ لأنّ هذا سؤالٌ لا تلْقينٌ .

الثاني : صريح الدعوى . فلا يكفيه أنْ يقول : لي على فلانٍ كذا ، ما لم يقل : إني الآن مطالِبٌ به . فلو قال : لي عليه كذا ويلزمه التسليم [إليَّ] [3] ، فهذا فيه تردد ؛ لأنه لم يَذكر

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن القضاء على الغائب جائز ، وذلك فيما يتعلق بحقوق الآدميين ، لا في حقوق الله (عز وجل) وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر تفصيل ذلك في : روضة الطالبين (١١ / ١٧٥) . المنهاج ص (١٥٠) . مغني المحتاج (٤ / ٤٠٦) . نهاية المحتاج (٨ / ٢٦٨) . القوانين الفقهية ص (٣٠٢) . الشرح الكبير (٤ / ١٦٢) . الخرشي على مختصر خليل (/ ١٧٢) . أسهل المدارك (٣ / ٢١٠ ، ٢١١) . الشرح الصغير (٤ / ٢٣١) . المقنع ص (٣٣٢) . المبدع (١٠ / ٨٩ - ٩٢) الفروع (٦/ ٤٨٤ ، ٤٨٥) .

ومذهب الحنفية : أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا إذا كان له وكيل حاضر ، أو مَنْ يقوم مقامه . انظر : الهداية (٣/ ١١٩) . رءوس المسائل ص (٥٢٤) . فتح القدير (٧/ ٣٠٨) . رد المحتار (٥/ ٤٣٣) . ملتقى الأبحر (٢ / ٧٤) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

الطَّلبَ ، والدَّيْنُ لازمٌ قبل الطلب ، فلعله ليس بطلبٍ .

الثالث : أن يكون معه بينةٌ ، ويَدَّعي جُحودَ الغائب ؛ إذ لا معنى للدعوى على الغائب مِنْ غير بيِّنةٍ ، ولا تسمع البينةُ من غير جحود . ومنهم من قال : لا يُشْترط ذِكْرُ الجحود ؛ لأنه مِنْ أين يَعْلم جحودَه في الغَيْبَة وَكيف يُعَوَّل على مجرد قوله ؟ بل تُجْعَل الغيبةُ كالسكوت ، والبينةُ تسمع على الساكت . فلو قال : هو يعترف ، وإنما أُقيم البينة استظهارًا ، لم تُسْمع . ولا خلاف أنه لو اشترى شيئًا ، فخرج مستحقًا ، والبائعُ غائبٌ ، سُمعت بينتُه وإن لم يَذكر الجحودَ ؛ لأن تقدُّمَ البيعِ منه كالجحود .

الركن الثاني : الشهود . ولابد أن يستقصي القاضي البحثَ ، ولا يختلف ذلك عندنا بالحضور والغَيْبة ؛ فإن البحثَ حقُّ الله تعالى .

الركن الثالث : المدَّعِي . وحكمُه لا يختلف إلا في دعوى الجحود وإحضار البينة . وأمرٌ ثالث : وهو أن القاضي يُحَلِّفه أنه ما أَبْرَأ عنه ، ولا عن شيء منه ، ولا اعتاضَ عنه ، ولا عَنْ شيء منه ، ولا استوفاه ولا شيئًا منه وأنه يلزمه التسليمُ إليه ، وأن الشهود صدقوا .

ثم هذه اليمين واجبةٌ إن كانت الدعوى على صبيٍّ ، أو مجنون ، أو مَيِّت . فإن [1] كان على حَيٍّ عاقل [بالغ] [2] فوجهان :

أحدهما : أنه لا يجب ، بل يحكم ، ثم لا ينحسم باب دعوى الإبراء والتوفية كما على الحاضر .

والثاني : أنه يجب [3] ؛ إذِ الحاضرُ يبادر الدعوى ، والتسليطُ – من غير استقصاءٍ منه – محالٌ .

ثم على هذا ، لا يجب التعرُّضُ لِصِدْق الشهود ، وإنما يجب فيمن يحلف مع شاهد واحد . وأما إذا كملت البينةُ فلا . هذا إذا ادّعى بنفسه ، فإن ادّعى وكيلُه – وهو غائب – فلابد

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فلو » .　　　(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١١ / ١٧٦) والمنهاج ص (١٥٠) .

من تسليم الحقّ ، بل لو حضر المدَّعَى عليه بإزاء وكيل المدعي ، فأقيمت البينة عليه ، فقال : إن موكلك قد أبرأني ، فأُريد يمينَه : توقَّفَ في هذه المسألة فقهاءُ الفريقين بمرو في واقعة ، فاستدرك القفالُ [1] وقال : يُسَلِّم الحقّ ؛ إذْ لو فُتِحَ هذا البابُ تعذَّر طلبُ الحقوق الغائبة بالوكلاء .

الركن الرابع : في إنهاء الحكم إلى قاضٍ آخر [2] . وذلك بالكتابة ، أو الإشهاد ، أو المشافهة .

أما مجردُ « الكتابة » فلا يعتمد ؛ إذْ لا تعويل على الخط ، ومجردُ الإشهاد بعدلين دون الكتاب كافٍ . وإن كتب فهو تذكرةٌ للشاهدين [3] ولا يعتمد حتى لو ضاع لم يَضُرَّ . ولو شهدا بخلاف ما في الكتاب ، سُمِعَ ؛ لأنّ الاعتماد على العلم . ويحصل علمهما بأنْ يُجْرِي القاضي القضاءَ بين يديهما ويُشْهدهما عليه . ولا يكتفي أن يسلم إليهما الكتاب ، ويقول : أُشْهِدُكُمَا أنَّ هذا خطِّي . فإن قال : أُشهدكما أن مضمون الكتاب قضائي ، قال الإصطخري : يكفي ذلك ؛ لأن هذا إقرار بمجهول يمكن معرفتُه . وقال الأصحاب : لا يكفي حتى يذكر تفصيل قضائه للشاهدين . ويَقْرب من هذا ما لو سلّم المقرّ القبالة إلى الشاهد ، وقال : أُشهدك على ما فيه [4] وأنا عالم به [5] . ولعل الأصحَّ أنّ هذا يكفي ؛ لأنه مُقِرٌّ على نفسه بما لا يتعلّق بحق غيره ، والإقرارُ بالمجهول صحيحٌ . وأما القاضي فَمُقِرٌّ على نفسه لكن بما يرجع ضررُه على غيره ؛ فالاحتياطُ فيه أهمُّ .

---

(١) قال ابن الصلاح : « هذا ليس مخصوصًا بالقفال ، فقد ذكر ذلك أيضًا شيخ العراقيين بإزاء القفال في الخراسانيين ، وهو الشيخ أبو حامد الإسفرائيني (رحمه الله) وقطع به في كتاب « الوكالة » وحكاه عن أبي حنيفة . وقطع به أيضًا صاحب « الشامل » وغيرُهما » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٤ / ب) .

(٢) قال في الروضة – في توضيح هذا الركن – ما نصه : « الطرف الثالث : في كتاب القاضي إلى القاضي . فالقاضي بعد سماع الدعوى والبينةِ على الغائب ، قد يقتصر عليه ويُنْهِي الأمرَ إلى قاضي بلد الغائب ليَحْكم ويَسْتوفي ، وقد يُحَلِّفه – كما سبق – ويَحْكم . وعلى التقدير الثاني ، قد يكون للغائب مالٌ حاضر يُمْكن أداءُ الحقِّ منه ، فيؤدّى . وقد لا يكون كذلك ؛ فيسأل المدَّعِي القاضيَ إنهاءَ الحكم إلى قاضي بلد الغائب ، فيجيبه إليه » . الروضة (١١ / ١٧٨) .

(٣) في الأصل : « للشاهد » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فيها » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « بها » .

ثم الأولى (١) أنْ يكتب الكتاب مع الشهود للتذكرة ، ويختمه ويُسَلم إليهما نسخةً غير مختومة للمطالعة ، ويكتب في الكتاب اسمَ الخصمين واسمَ أبيهما وجدهما وحِليتهما ومسكنَهما إلى حيث يحصل التمييزُ ، فهو المقصود . ويذكر قدر المال (٢) ، وتاريخ الدعوى ويقول : قامت عندي بذلك بينةٌ عادلة ، وحلَّفْتُه مع البينة ، والتمس [مِنِّي] (٣) القضاءَ والكتبةَ إليك لِتَسْتوفي ، فأجبتُه إلى ذلك ، وأشهدت عليه / فلانًا وفلانًا . ٢٩٢/أ

ولا فائدةَ في ذكر عدالة شاهِدَيِ الكتابِ ، فإنه لا تَثْبت عدالتُهما بشهادتهما ولا بمجرد الكتاب ، وهما يشهدان على الكتاب ، بل ينبغي أن تَظْهر عدالتهما للقاضي المكتوب إليه بطريق آخر . فإن قيل : (٤ إذا لم يَبْقَ إلا استيفاء الحق ٤) ، فلم لا يُكاتب واليًا غَيْرَ القاضي حتى يَسْتوفي ؟ قلنا : لأن الكتاب لا يَثْبت عند الوالي إلا بشهادة الشهود ، ومنصبُ سماعِ الشهادة يختصُّ بالقضاة . فإن شافَهَ الواليَ : جاز له الاستيفاءُ في بلدةٍ هي من ولاية القاضي . فإنْ كانت خارجةً عن ولايته ، ففي وجوب استيفائه نظرٌ ؛ لأنه لاولاية له على تلك البقعة (٥) . ولكن الصحيح وجوبُه ؛ لأن سماعَ الوالي بالمشافهة كسماع قاضٍ آخر شهادةَ الشهود (٦) .

أما « المشافهة » فهي أقوى ، لكنْ بشرط أن يكون كلُّ واحد منهما في محلّ ولايته ، بأن يكونا قاضِيَيْ بلدةٍ واحدة على العموم ، أو شِقَّيْ بلدةٍ فيناديا في الطرفين . وإنما يكفي ذلك إذا

---

(١) في الأصل : « أولى » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « قدر الدَّيْن » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « إذا لم يَبْقَ إلا الاستيفاء » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (ففي وجوب استيفائه نظر ؛ لأنه لاولاية له على تلك البقعة) معناه : لا ولاية للقاضي على تلك البلدة حتى يجب على واليها طاعتُه فيما يأمره به ، بخلاف والي بلدة القاضي ، فإنه يجب عليه طاعته لكونه تحت ولايته ، وهكذا نقول لو وقف ذلك الوالي على طرف ولايته وناداه هذا القاضي من طرف ولايته بأني قد حكمتُ بكذا وكذا ، فليس لذلك الوالي الاستيفاءُ ؛ لأنه لاولاية لهذا القاضي عليه ، وليس الوالي أهلًا لاستماع الحجج ، بخلاف مثله في قاضي تلك البلدة لو وقف على طرف ولايته على ما سنذكره ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٤ / ب ، ١٩٥ / أ) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « بشهادة الشهود » .

قال : قضيتُ فاسْتوفِ .

أما إذا قال : سمعتُ البينةَ فاحْكُمْ ، فلا فائدة له في خبرة البينة ؛ لأن قولَه فرعٌ عن الشهود ، وإنما يفيد عند العجز عنهم [بالموت أو الغيبة] [1] ، هذا هو الأظهرُ ، وفيه وجهٌ سيأتي .

أما إذا اجتمعا في أحد الشقين ، فقال له صاحب الولاية : إذا رجعت إلى شِقّك فاسْتوفِ ، فإني قد قضيتُ ، فإذا رَجَع جازَ له الاستيفاءُ إنْ جوَّزْنا القضاء بالعلم ؛ لأنه عِلْمٌ حصل في غير محلّ ولايته . وإن لم نجوِّزْ ، فقد أطلق بعضُ الأصحاب جوازه . وقال الإمام : لا يجوز ، بل هو كسماعه الشهادة في غير محل ولايته ؛ لأنه سمع حيث لم يكن أهلًا للسماع ، فهو كما لو قال له : سمعتُ البينةَ ولم يَبْقَ إلا القضاءُ ، فإنه لا خلاف أنه لا يقضي إذا رجع إلى شِقِّه ؛ إذ قولُ القاضي فرعٌ لشهادة الشهود ، فسماعُه لا يزيد على سماع الشهادة . وهذا يلزمه أن يقول : الوالي الذي ليس بقاضٍ لا يستوفي ؛ لأنَّ كونَه قاضيًا لا يُخْرِجُه عن كونه واليًا ، لكن يمكن أنْ يجاب بأنّ الوالي لا يقضي إلا بعلمه ، ومستندُ علمِه قولُه : قضيتُ ، (٢ فكذلك يجوز أيضًا ٢) للقاضي إذا قلنا : إنه يقضي بعلمه .

أما إذا قال في غير محلّ ولايته لقاضٍ آخر : قضيتُ في ولايتي فاحكمْ أو استوفِ ، فلا خلافَ أنه لا يسمع ؛ إذ لا حجة في قوله إلا في محلّ ولايته .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فكذلك أيضًا يجوز » .

فروع

الأول : إذا كتب إلى قاضٍ ، فمات الكاتبُ ، أو المكتوبُ إليه : (١ جاز لكلِّ مَنْ شهد عنده الشهود ١) من القضاة الحكمُ به ؛ لأنَّ الحجة في حكمه لا في كتابه . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يجوز ذلك إلا إذا كتب : إلى فلانٍ ، وإلى كل من يصل إليه من القضاة (٢) . وكأنه يجعل ذلك تفويضًا .

الثاني : إذا قضى القاضي ، واقتصر على قوله : حكمتُ على أحمد بن محمد فاعترف رجل في تلك البلدة بأنه أحمد بن محمد (٣) ، وأنه المَعْنِيُّ بالكتاب ، وأنكر الحقَّ : فلا يلزمه شيءٌ ؛ لأن الحكم في نفسه باطلٌ ؛ لأنه على مُتَّهمٍ غير معينٍ ، لا بالإشارة ولا بوصف مُسْتقْصٍ كامل ، فلا يتم الحكمُ باعترافه بأنه المَعْنِيُّ إلا أن يُقِرَّ بالحقّ فيؤخذ الحق بإقراره .

أما إذا استقصى ، فذَكَر اسم أبيه ، وجدّه وحليته ، ومَسْكنَه ومحلّته ، وأتى بالممكن ، فإمكانُ اشتراكه في جملة هذه الصفات على الندور لا ينقدح . فإن قال المأخوذ : لستُ مُسَمًّى بهذا الاسم ، فعلى الخصم – إن نقم – بيّنة على الاسم والنسب ، فإن عجز حلّفه ، فإنْ حلف انصرف عنه القضاءُ ، وإن نَكَل (٤ توجّه الحقّ باليمين ٤) المردودة .

فلو أخذ يحلف على أن الحق لايلزمه ، وليس يحلف على نَفْيِ الاسم ، فلا يُسمع ، بخلاف مَن ادُّعِيَ عليه قرضٌ فلم يُنْكر ، ولكنْ قال : « لا يلزمني تسليمُ شيءٍ » يُقْبل ؛ لأنه ربما أَخَذَ وردَّ . ولو اعترف لَطُولِبَ بالبينة ؛ لأنَّ مجردَ الدعوى ليس بحجة عليه ، وهاهنا قد قامت البينة على الاسم وتوجّه الحقّ إن ثبت الاسم . وقال الصيدلاني : يُقْبل ذلك منه كتلك المسألة . وهو ضعيف ؛ والفرقُ أَظْهُر .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « جاز لكل مَنْ شهد الشهود عنده » .

(٢) انظر قول أبي حنيفة (رحمه الله) في : الهداية (٣ / ١١٨) . فتح القدير (٧ / ٢٩٥ ، ٢٩٦) . رد المحتار (٥ / ٤٣٨) . ملتقى الأبحر (٢ / ٧٤) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « محمد بن أحمد » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « توجه الحق مع اليمين » .

وأما إذا قال : أنا موصوفٌ بهذه الصفات ولكن في البلد من يُسَاويني ، فإذا أَظهر ذلك – ولو ميتًا – انصرف القضاءُ عنه . وهذا كله إذا قضى القاضي بالبينة ولم يَبْقَ له إلا الاستيفاء . أما إذا سمع [البينة] [١] وكتب إلى قاضٍ آخر بسماع البينة ، فهذا جائزٌ بالاتفاق . وساعدَ عليه أبو حنيفة (رحمه الله) وفيه إشكالٌ ؛ لأنه إن كان تحملًا كالشهادة على الشهادة ، فلا يُكْتفى بواحد ، وإن كان قضاء بقيام البينة وسماعها حتى يُنَزَّل سماعُه منزلة سماع [القاضي] [٢] الثاني ، فلم يجب ذِكْرُ الشهود في الكتاب وصفتهم ، ولا يجب ذِكْرُ شهود الواقعة إذا تمم القاضي . وكأنّ هذا قضاءُ مَشُوبٌ بالنقل ، والأغلبُ عليه أنه قضاء [٣] بأداء الشهادة حتى يقوم سماعُه مقام سماع الآخر ، ولكن وَجَب ذكْرُ الشهود / ؛ لأن الآخر إنما يقضي بقولهم ، ٢٩٢/ب والمذاهب [٤] في الحجج مختلفةٌ ، فربما لا يرى القاضي القضاءَ بقولهم .

ثم لا خلافَ أنه لو سمع ولم يُعَدِّل ، وفوّض التعديل إلى الآخر : جاز ، وإن كان الأولى [٥] أنْ يُعَدِّل ؛ لأن أهل بلدهم أَعْرَفُ بهم . ولو عدَّل القاضي ، وأَشْهد على التعديل شهودَ الكتاب : جاز ذلك . ثم إن ادّعى الخصْمُ جَرْحًا ، فلْيُظْهر شاهدين عَدْلين ، فَيُقَدّم بينة الجرح على التعديل الذي في الكتاب . فإن [٦] استمهل ، أُمْهِلَ ثلاثة أيام . فإنْ قال : لا أتمكن منه إلا في بلد الشهود ، لم يُمْهَل ؛ لأن ذلك يَطُول ويَصير [ذلك] [٧] ذريعة ، لكنْ يُسَلَّم المال ، ثم إن أثبت [٨] الجرحَ استردَّ ، قولًا واحدًا ولم يُخَرَّج على ما لو كان الخصمُ حاضرًا وأظهر الجرحَ بعد الحكم ، فإنّ في نقض القضاءِ به قولين ؛ لأنَّ الحاضر مُقَصّر وهو معذور .

الثالث : لو كان للبلد [٩] قاضيان وجوَّزْناه ، فقال أحدهما للآخر : سمعتُ البينة ، فاقْضِ ، فله ذلك إن قلنا : الغالبُ عليه القضاء ، وكأنهما تعاونا على حكمٍ واحد . وإنْ قلنا : الغالبُ النَّقْل ، لم يَجُزْ ذلك مع حضور الشهود ؛ فإن القاضي كالفرع للشهود .

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « قضى » .

(٤) في الأصل : « والمذهب » والمثبت من (ب) .

(٥) في الأصل : « أولى » والمثبت من (ب) .

(٦) في (ب) : « فإذا » .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « ثبت » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « للبلدة » .

الركن الخامس : في المحكوم به .

وذلك إن كان دَيْنًا أو عقارًا يمكن تحديدُه ، فهو سهل . وإن كان عينًا فلا يخلو ، إما أن يُمْكن تعريفُه بالصفة كالفرس والجارية والعبد ، أو يكثر أمثالها [(١)] كالأمتعة والكرباس مثلًا . أما العبد وأمثالُه ، ففيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا ترتبط الدعوى والقضاءُ بعينه ، بل بقيمته كالكرباس ؛ لأن المحكوم عليه عُرِف بالنسب [(٢)] ، وتعريفُ العبد والفرس غيْرُ ممكن [(٣)] .

والثاني : أنه يجوز أن يقضي على عينه كالمحكوم عليه إذا كان خاملًا .

والثالث : أنه يسمع البينة على عينه ، ولايقضي ؛ لأن إبرام الحكم مع هذه الجهالة صَعْبٌ [(٤)] .

التفريع : إن قلنا : إنه [(٥)] يتعلَّق بعينه ، فالمدَّعَى عليه إذا عين [عليه] [(٦)] في تلك البلدة عَبْدٌ ، فيصرف القضاء عنه بأن يَظهر في البلد عبْدٌ آخر بتلك الصفة ، إما من [(٧)] ملكه أو ملك غيره . فإن أظهر من ملكه ، لم يَلْزمه تسليمُ أحدِهما ، بل صار القضاءُ باطلًا ؛ لكونه مُبْهمًا ، وإن لم يبين ، لزمَه تسليمُ العبدِ الموصوف .

وإن قلنا : إنه يسمع البينة فقط ، ففائدة المدعي أنْ يطالب بتسليم العبد إليه حتى يعينه

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أمثاله » . (٢) في (أ) ، (ب) : « بالنسبة » .

(٣) قال الحموي : « قوله في القضاء : (الركن الخامس : في المحكوم به [وذلك] إن كان دَيْنًا أو عقارًا يمكن تحديدُه فهو سهل ، وإن كان عينا فلا يخلو إما أن يكون تعريفُه بالصفة كالفرس والعبد والجارية ... إلى قوله : أما العبد في أمثاله ففيه ثلاثة أقوال : أحدهما : لا ترتبط الدعوى بعينه وقيمته كالكرباس ؛ لأن المحكوم عليه عُرِفَ بالنسب ، وتعريف الفرس والعبد غير ممكن) .

قلت : ما ذكره الشيخ من كونه لا ترتبط الدعوى بعينه فظاهر وأما قوله : (وقيمته) بالواو فإن الحاجة لا تدعو إلى ذكرها ، فإنه كان ينبغي أن يقول بدل « الواو » : « بل » فإن الاعتبار هاهنا بالقيمة بدل العين ، كما في الكرباس كما لا يخفى .

قلت : نقل في بعض نسخ الكتاب « بل قيمته » فعلى هذا لا كلام . وطريق الجواب على المشهور أن يقال : مراده بذلك : أن لا يجمع بينهما بطريق الوجوب بل بطريق الاستحباب ، وإنما يقتصر على القيمة لما تقدم من الدلالة عليه ثم يدل عليه ما ذكره الشيخ بعده حيث قال : (فإن قلنا : إنه كالكرباس ، فلا ترتبط الدعوى بعينه ، بل ترتبط بالقيمة ، فيدعي كرباسًا وعبدًا قيمتُه عشرةُ دنانير ، ولا بأس بذكر صفات العبد ولا تجب ، وإنما تكون بطريق الاستحباب) وبه خرج الجواب » . إشكالات الوسيط (ق ١٩٠/أ، ١٩٠/ب) . (٤) في (أ)، (ب) : « ضعيف » .

(٥) كلمة : « إنه » ليست في (ب) . (٦) زيادة من (أ) ، (ب) . (٧) في (أ) ، (ب) : « في » .

الشهودُ في بلده . ثم في الاحتياط لملكه قولان :

أحدهما : أنه يلزم المدعي كفيلًا بالبدن .

والثاني : أن الكفالة بالبدن ضعيفٌ ؛ فلا يلزمه ، بل يلزمه أن يشتري ، ويتكفّل بالمال ضامنٌ حتى إن تَلِفَ : تلف من ضمانه ، وإنْ ثبت ملكُه فيه بَانَ بطلانُ الشراء . ويحتمل هذا الوقف للحاجة ، وذكر الفوراني « أنه يلزمه تسليم القيمة إليه للحيلولة في الحال من غير بينة ، فإن ثبت ملكه استردَّ القيمة » . وهذا لا بأس به ؛ إذْ كفالة البدن ضعيفةُ الفائدة ، والبيعُ ربما لا يَرْضى به صاحبُ اليد .

هذا في العبد أما الجارية ، فتسلم إلى أمينٍ ؛ لأن حِفْظَ الفروج واجبٌ ، ومن يدعي الملك لا يمتنع [(١)] من المباشرة . وإن قلنا : إنه كالكرباس فلا ترتبط الدعوى بعينه ، بل ترتبط بالقيمة ، فيذكر [(٢)] كرباسًا أو عبدًا ، قيمتُه عشرةٌ مثلًا ، ولا بأس بذكر صفات العين ، ولا يجب ، كما أنه لا بأس بذكر قيمة العقار وقيمةِ العبد على قولنا : تتعلَّق بعينه ، ولكنْ لا يجب على الظاهر .

أما إذا كان المحكوم عليه حاضرًا ، والعبدُ والكرباس حاضرين [(٣)] ، ولكن لم يُحْضره مجلسَ الحكم فهاهنا يفترق الكرباس والعبد ؛ إذِ المنْكِرُ لا يلزمه إحضارُ الكرباس ؛ لأنه يتماثل وإن أحضر . وأما العبد ، فيحكم القاضي به - وإن كان غائبًا - إذا عرفه القاضي بعينه . وإن لم يَعْرفه ، فلابُدَّ من إحضاره للتعيين ، ويجب ذلك على المدعى عليه إن اعترف بأن في يده عبدًا هذا صفتُه . وإن لم يعترف حلف على أنه ليس في يده مثلُ هذا العبدِ . فإن نكل ، فحلف المدعي ، أو أقام بينةً على أن في يده مثله ، حبس المدعى عليه حتى يحضر ، ويتأبَّد عليه الحبْسُ ، ولا يتخلَّص إلا بالإحضار أو بدعوى التَّلَف ، فعند ذلك يُقْبل قولُه للضرورة ، ويقنع بالقيمة . ثم إن حضر ، فعلى الشهود على الوصف إعادةُ الشهادة على العين .

فإنْ علم المدَّعي - حيث لا بيِّنة له - أنّ المدعى عليه لا يُبالي بالحلف على أنه ليس في يده ، فطريقُ الجزم له أنْ يصرف الدعوى إلى القيمة ، ويثبت المالية بالشهادة على الوصف مهما لم يطلب العين . فلو قال : أَدَّعي عبدًا صفتُه كذا ، وقيمتُه كذا ، فإما أنْ يردّ العينَ أو القيمةَ ، فهذه دعوى غير مجزومة ، ففي سماعها وجهان ، ولكن / اتفق القضاة على سماعها للحاجة اصطلاحًا . ٢٩٣/أ

فرع : إذا حضر العبدُ الغائب ، ولم يثبت ملك المدعي ، فعلى المدعي مئونةُ الإحضار

---

(١) في (ب) : « لا يمنع » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فيدعي » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « حاضران » وهو جائز أيضًا .

ومئونة الردّ إلى مكانه . هذا ما ذكره الأصحابُ ولم يتعرّضوا لأجرة منفعته التي تعطّلَتْ ، ولا لمنفعة المحكوم عليه إذا تعطّل بالحضور ، وكأن ذلك احتملوه لمصلحة الإيالة ، وجُعل ذلك واجبًا لإجابة القاضي ، فلم يلزمه بدلًا ، أما مؤنة إحضار العبد فلم تحتمل [1] .

الركن السادس : المحكوم عليه .

وشرطُه أن يكون غائبًا . فإن كان في البلد ، ففي جواز سماع [2] البينة قبل استحضاره ، وجهان :

أحدهما : تُسمع ؛ إذْ إنكارُه غيْرُ مشروطٍ ، وإنما الشرطُ عدمُ إقراره ، وهو معدومٌ في الحال .

والثاني : أنه لايجوز ؛ لأن إقراره مُتَوَقَّعٌ على قُرْبٍ ، وسلوكُ أقرب الطرق واجبٌ في القضاء .

فإن قلنا : تُسمع ، فالمذهب أنه لا يقضي إلا في حضوره ؛ فلعلَّه يجد مَطْعنًا ودفعًا بخلاف الغائب ؛ فإن انتظاره يطول . وفيه وجه بعيد : أنه يقضي كالغائب .

أما إذا حضر ، ففي جواز سماع البينة من دون مراجعة الخصم وجهان مُرتبان وأَوْلَى بالمنع . ووجْهُ الجواز أنه قادر على الدفع والكلامِ ، فلْيتكلَّمْ إنْ أراد .

أما إذا توارى وتعذر [3] ، فالمذهبُ : أنه يُقْضى عليه كالغائب . وذكر القاضي وجهًا أن المنع لايجعل كالعجز كما أنَّ مَنْعَ المهر والثمن [4] لا يُلْحق [5] بالإفلاس على وجه .

واختتامُ الباب بتنبيهات :

الأول : أن في قبول كتاب القاضي إلى القاضي ، والشهادةِ على الشهادة في الحدود – قولين [6] ، وفي القصاص قولان مرتبان وأَوْلَى بالقبول .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فلا تحتمل » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « استماع » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أو تعذر » .

(٤) في نسخة أخرى : « النفقة والمهر » كذا على هامش الأصل .

(٥) في (ب) : « لا يلحقه » .

(٦) في الأصل : « قولان » وهو خطأ ظاهر . والمثبت من (أ) ، (ب) .

الثاني : أن حَدَّ الغيبة ما فوق مسافة العَدْوَى ، وهو أن يَغْدُوَ من بيته فلا يَرْجع إليه مساءً . فإن أمكن ذلك فهو كالحاضر ، فيجب عليه إجابةُ القاضي إذا دعاه . وإن دعاه صاحبُ الحقِّ لم يجب الحضورُ ، بل الواجب هو الحق إن كان صادقًا ، وإلا فلاشيءَ عليه ، وإنما يجب الحضور طاعةً للقاضي لأجل المصلحة .

الثالث : أنه إنْ لم يكن على مسافة العدوى حاكمٌ ، فيجوز للقاضي إحضارُه ، ولكن بعد إقامة البينة [١] ؛ إذ تكليفُه ذلك من غير حجةٍ إضرارٌ ؛ ولهذا يجب على القاضي أن لا يُخَلِّيَ مثلَ هذه المسافة من حاكم .

الرابع : إذا كان للغائب مالٌ في البلد ، وَجَبَ على القاضي التوفيةُ ، وهل يُطَالب المدعي بكفيل ، فربما تُوُقِّعَ استدراكٌ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ إذ كلُّ حكمٍ يُمْكن فيه الاستدراكُ ، وقد تَمَّ الحكم في الحال .

والثاني : نعم ؛ لأَنَّ الخصْمَ غائبٌ والاستدراكُ غالبٌ .

الخامس : إذا عُزِل القاضي بعد سماع البينة ، ثم وَلِيَ : يلزمه استعادةُ البينة ؛ إذْ بَطَلَ بالعزل سماعُه السابقُ . وإنْ خرج عن محلِّ ولايته ، ثم رجع ، ففي الاستعادةِ وجهان [٢] .

السادس : المخَدَّرة لاتحضر مجلسَ القاضي ؛ لأَنَّ ضررَ إبطالِ الخِدْرِ أعظمُ من ضرر المرض ، بل يَحْضر القاضي أو مأذونٌ من جهته ؛ فكل من لا تخرج أصلًا إلا لضرورة مرهقة ، فهي مُخَدَّرة ، أما من لا تخرج إلى العزايا والزيارات إلا نادرًا ، قال القاضي : هي أيضًا مُخَدَّرة . وقيل : بل [هي] [٣] التي لا تخرج إلا لضرورة . وقيل : بل هي التي لا تصير مُبتذلة بكثرة الخروج وإن كانت تخرج على الجملة . وقال القفال : يجب إحضارُ المخدرة ؛ لأن الحضور بهذا العذر لا

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذا لم يكن على مسافة العدوى حاكم ، فيجوز إحضاره بعد سماع البينة) من طغيان القلم ، وصوابه أن يقال : (إذا لم يكن فوق مسافة العدوى حاكم) ؛ لأن الحكم المذكور مخصوصٌ بما فوق مسافة العدوى على ما لا يخفى ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٦ / أ) .

(٢) والصحيح أن له الحكم بالسماع الأول ؛ لبقاء ولايته . انظر الروضة (١١/١٩٧) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

يُبْطل التخدُّرَ . وخالفه جميعُ الأصحاب [فيه] [١] .

السابع : للقاضي أن يتصرف في مالِ حاضرٍ ليتيمٍ خارج عن محل ولايته إذا أشرف على الهلاك كما يتصرف في مال كل غائب . ولكن هل له نَصْبُ قَيِّمٍ للتصرف فيه ؟ تردد القاضي فيه ، ولم يَبُتَّ جوابًا ، فإنه نصب على اليتيم وفي المال أيضًا .

فإذا كان اليتيمُ في ولايته ، ومالُه في ولاية أخرى ربما أَدّى إلى أن يَنْصب كلٌّ واحدٍ من القاضِيَيْنِ قَيِّمًا . ولعل الأولى أن يُلاحَظ مكانُ اليتيم لا مكانُ المال .

وأما إذا زَوَّج امرأةً خارجةً عن محلّ ولايته ، مِنْ غائبٍ خارج عن محل ولايته برضاها فهذا ينبغي أن لا يصحَّ [٢] . ولا يكفي حضورُ الزوج ؛ إذْ لا تعلُّق للولاية به [بل حضور المرأة معتبرٌ ، لأنه وليٌّ عليها] [٣] بخلاف المال . وليس ذلك كما لو حكم في محل ولايته على غائب خارجٍ عن محلٍّ ولايته ؛ إذ المدَّعي حاضرٌ ، والولايةُ متعلِّقةٌ [به] [٤] .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) ويصح تزويجُه من امرأةٍ في محلّ ولايته إذا لم يكن لها وليٌّ . انظر الروضة (١١ / ١٩٨) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) . وعلى هامش الأصل أنها ثابتة في نسخة أخرى .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

الباب الرابع

في القسمة (١)

(وفيه ثلاثة فصول)

الفصل الأول (٢)

في القسّام وأجرته

(٣ ولا ينبغي أنْ يُخلِّي الحاكمُ ٣) النواحيَ عن القسام ؛ لمسيس / الحاجة إليه ، وليكن لهم رزقٌ من بيت المال ، وكذا القاضي والمزكِّي . أما الشاهدُ فلا يُعْطى ؛ كَيْلا يُتَّهم ، مع أن الشهود لا ينحصرون . ٢٩٣/ب

وإن لم يكن لهم رزقٌ ، فلا ينبغي أن يُعَيِّن الحاكم واحدًا ؛ فيحسم على الناس استئجارَ غيرِه . وفي اشتراط العدد في القسَّام قولان ، مأخذهما : أن منصبَه ، منصبُ الحاكمِ أو الشاهدِ ؟.

وإن نصب حاكما للتقويم أو للتزكية أو للقسمة فيثبت عندهم بشاهدين . ثم القاضي يُعَوِّل على قولهم على الانفراد ، ولا يجوز أن ينصب حاكمًا ليحكم بالتقويم باجتهاده أو ليزكي بنظر نفسه وإن فرعنا [على] (٤) أن القاضي يقضي بعلمه ، نعم (٥) للقاضي أن يعتمد على ما يَعرفه من

---

(١) يقال : قسمتُ الشيء : أي فرزتُه أجزاءً . وبابُه : ضَرَبَ .

واسم الفاعل : قاسم ، وقسَّام للمبالغة .

والاقتسام : طلب القسمة وسؤالُها . والقسمة : إفراز النصيبين بين الشريكين ، أو إفراز الأنصباء بين الشركاء ، سواء كان ذلك الشيء مكيلا أو موزونًا أو معدودًا ، وسواء كان ذلك دورًا أو مباني ، أو أراضي ، أو غير ذلك من المنافع . انظر : المصباح المنير (٢ / ٧٧٤) ، طلبة الطلبة ص (٢٤٨) ، أنيس الفقهاء ص (٢٧٢) . معجم لغة الفقهاء ص (٣٦٣) .الفقه الإسلامي وأدلته (٥ / ٦٥٦) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « الأول » بدون كلمة « الفصل » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وينبغي أن لا يُخَلّي الحاكم » .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) في (ب) : « ثم » .

عدالة الشاهد على رَأْيٍ . وهل له أن يكتفي ببصيرة نفسِه في التقويم ؟ منهم من قطع بالمنع ؛ لأنه تخمينٌ . ومنهم من خَرَّج على القولين .

ثم أجرة القسّام عند تفاوت الحصص تقسم على الرءوس ، أو على عدد قدر الحصص ؟ فيه قولان كما في الشفعة (١) . ومنهم مَنْ قطع بأنه على قدر الحصص ؛ لأن العمل في الكثير بالمساحة أكثرُ لا محالةَ .

هذا إذا أطلق الشركاءُ العقدَ ، فأما إذا انفرد كلٌّ واحد بذكْرِ نصيبه ، أتبع ذلك . ولكن ليس لواحد أن ينفرد بالاستئجار دون إذن الشريك ؛ لأن تردُّدَه في الملك المشترِكِ ؛ ممنوعٌ دون الإذن ، فيكون العمل ممنوعًا ، والإجارةُ فاسدةً ، بل يعقد كلّ واحدٍ بإذن الآخرين ، أو الوكيلُ بإذن جميعهم .

فرع : إذا كان أحدُ الشريكين طفلا ، وطلبَ (٢) القيِّمُ القسمةَ - حيث لا غبطة - ردَّ القاضي عليه . وإن كان فيه غبطةٌ ، فعليه حصةٌ من الأجرة .

وإن طلب الشريكُ - حيث لا غبطة - ففي لزومِ أجرةٍ لنصيبِ الطفل وجهان ، والظاهرُ أنه يجب إذا لزمت الإجابة كما في (٣) البالغ ، والأجرةُ تتبع لزوم القسمة .

* * *

---

(١) والمذهب أن الأجرة توزع على قدر الحصص . انظر الروضة (١١ / ٢٠٢) . المنهاج ص (١٥١) . الغاية القصوى (٢ / ١٠١٥) .

(٢) في الأصل : « فلو طلب » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « على » .

الفصل الثاني

في كيفية القسمة (١)

فإن جَرَت في ذوات الأمثال ، جازت التسويةُ بالوزن والكيل ، وكذا في الربويات إن قلنا : إنها إفرازُ حقٍّ . وإن قلنا : إنها بيعٌ ، فلا يجوز في المكيل إلا الكيلُ . فإن كانت في عرصةٍ متساوية الأجزاء ، فالتسوية بالمساحة ، وتقسَّم الحصصُ وتكون الأجزاءُ على حسب أقلّ الحصص .

بيانُه : عرصة ، لواحدٍ نصفُها ، ولواحدٍ ثلثها ، ولواحدٍ سدسُها ، فتجعل الأرضُ ستةَ أجزاءٍ متساوية بالمساحة . وإن افتقر إلى التعديل بالقيمة عدل كذلك ، ثم يكتب أسماءَ المُلَّاكِ (٢) على ثلاثة رقاع ؛ لأنهم ثلاثةٌ ، ويُدْرجها في بنادق مِنْ شمع أو طين متساويةٍ ، وتُسَلَّم إلى من لم يشهد ذلك حتى يخرج واحدًا ويقف القسّام على الطرف ، فإنْ خرج اسمُ صاحب النصف أعطاه الجزءَ الأول والثاني والثالثِ على الاتصال حتى لا يتفرق [نصيبه] (٣) ثم يخرج الآخر ، فإنْ خرج اسمُ صاحب الثلث أعطاه الرابعَ والخامسَ ، ويتعين السادسُ لصاحب السُّدس .

وإنْ خرج اسمُ صاحبِ السدس أعطاه الرابعَ ، وتعينَّ الباقي لصاحب الثلث . وتعينَّ ما مِنْه ابتداءُ التسليم إلى تحكم القسام ، فيقف على أيّ طرف شاء .

وقد نصّ الشافعي (رضي الله عنه) فيمن أعتق عبيدًا ، لا يملك غيرهم ، أنه يكتب على الرقعة : الحرّية والرق لا اسمَ العبيد والورثة . وهاهنا لم يكتب الثلثَ والسدسَ والنصف . فمنهم مَنْ قال : قولان بالنقل والتخريج ، ومنهم من فرّق بأن مستحق الحرية هو الله تعالى دون العبيد فيكتب الحرية ؛ ليندفع عنها الورثة وبقية العبيد .

وعلى الجملة ، هذا في الاستحباب ؛ إذ يجوز كتبة (٤) الأجزاء هاهنا ، وكتبة الأسماء ثَمّ ،

---

(١) في الأصل و (أ) : « كيفية القسمة » وكلمة (في) زيادة من (ب) .

(٢) في الأصل : « اسم الملاك » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « كتابة » .

والغرضُ يحصل ، فإن قلنا : يكتب أسماءَ الملاك ، فقال العراقيون : يكتب باسم صاحب النصف ثلاثَ رقاعٍ ، وباسم صاحبِ الثلث اثنتين ؛ لأن صاحب الكثير أولى باستحقاق الطرف ، وفي تكثير اسمِه ما يوجب التقديمَ ؛ إذِ الغالبُ أنه يَسْبق واحدٌ من ثلاثة . والصحيحُ : أنه لا حقَّ له إلا في الكثرة ، فيكفي ثلاثُ رقاع .

فرعان

الأول : إذا استحق المتاع الواقع في حصة أحدهما - أو بعضَه - انتقضت القسمةُ . فإن استحَقَّ عينًا (١) من يد واحد (٢) ، واستحق مثلَها في القسمة من يد الآخر (٣) ، لم تبطل القسمة . وفيه وجه : أنه تُستأنف القسمة . ويلتفت على تفريق الصفقة . ⁽٤ وإن كان المال أرضًا ، قسم ٢٩٤/أ بينهما ، واستحق ثلث الكلّ ، فقد بطلت القسمة / في ذلك القدر ، والباقي يخرّج على تفريق الصفقة ⁴⁾ . والأصحُّ : أنه لا ينتقض .

أما إذا ظهر دَيْنٌ أو وصيةٌ بعد القسمة ، فإن قلنا : إنها إفرازٌ ، فالقسمةُ تبقى على الصحة إنْ وَفَّوْا الدَّيْنَ . وإن قلنا : إنها بيعٌ ، ففيه قولان :

أحدهما : البطلان ؛ لأن الدَّيْنَ ، إما أن يمنع الملكَ ، أو يَجْعل التركة مرهونةً .

والثاني : أنه يصح ، بل التركة كالعبد الجاني ، فينفذ بَيْعُه إلا أن لا يُوَفِّيَ الدَّين .

الفرع الثاني (٥) : إذا ادّعى بعضُ الشركاء غلطًا في القسمة على قسّام القاضي ، لم يكن له تحليفه ؛ لأنه حاكم . لكن لم تنقض القسمة إن أقام بينة (٦) ، وإلا فله أن يُحَلِّف شركاءه . فإن حلف بعضُهم ، ونكل بعضُهم ، فتفيد اليمينُ المردودةُ نقضَ القسمة في حقِّ الناكلين دون الحالفين .

---

(١) في النسخ الثلاثة : « عين » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « في يد واحدٍ » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « في يد الآخر » .

(٤) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(٥) في الأصل : « الثاني » بدون كلمة « الفرع » ، وهي ثابتة في (أ) ، (ب) .

(٦) في (ب) : « البينة » .

هذا في قسمة القاضي بالإجبار . أما إذا كان القسَّامُ منصوبَ الشركاء بالتراضي - أو تولَّوْا القسمةَ بأنفسهم ، فظهورُ الغلط بعد تمام القسمة ، هل يُوجب نقضَها ؟ قال العراقيون : لا تُنقض ؛ لأنه رَضِيَ به ، فصار كما إذا اشترى بغَبْنٍ . وهذا يتجه على قولنا : إنها بيع . فإن جعلناها إفرازَ حقٍّ، فلا يمكن ذلك مع التفاوت، وكذا إن جعلناه[1] بيعًا، ولم يَجْرِ لفظُ «البيع» أو ما يقوم مقامه .

* * *

(١) في (أ)، (ب) : «إن جعلناها» .

الفصل الثالث
في الإجبار

والقسمة ثلاثة : قسمةُ إفرازٍ ، أو تعديلٍ ، أو رَدٌّ [١] .

أما قسمة الإفراز : فهو أن يكون الشيءُ متساوِيَ الأجزاءِ ، كالثوب الواحد ، والعرصة المتساوية ، أو المكيلات والموزونات ، فيجبر على هذه القسمة مَنِ امتنعَ قهرًا بشرط أن تبقى الحصصُ بعد القسمة مُنْتفعًا بها المنفعة التي كانت . فلا يُجْبر على قسمة الطاحونة والحمام الصغير إذا لم يُمْكن الانتفاع به بعده [٢] . وفيه وجه بعيد : أنه يجبر إذا كان يَبْقى أصلُ الانتفاع وإنْ لم يَبْقَ ذلك النوعُ . أما إذا كان الحمامُ كبيرًا تبقى به المنفعة عند إحداث مُسْتَوْقد آخر ، وبئر آخر ، وما يجري مجراه ، ففي الإجبار - تفريعًا على المشهور - وجهان :

أحدهما : أنه لا يجبر ؛ لأنه تعطيل إلا بإحداث [٣] أمر جديد .

والثاني : أنه يُجْبر ؛ لأنَّ إبقاء أصل المنفعة بأمرٍ قريبٍ ، ممكنٌ [٤] .

فرع : إذا ملك من دارٍ عُشْرَها ، والعشرُ المفردُ لا يَصْلح للمسكن ، فالصحيح أنَّ صاحبه لا يُجَاب إلى القسمة ؛ لأنه مُتَعَنِّتٌ . وهل يلزمه الإجابة إذا طلب شريكُه لصحة غرضه ؟ فيه وجهان :

---

(١) في (ب) : « قسمة إفراز وتعديل وردّ » .

وقال ابن الصلاح : « ذَكَر (رحمه الله) أن القسمة ثلاثة أنواع : قسمة إفراز ، وتعديل ، وردّ . فَقِسْمَةُ الإفراز قسمةُ ما يَتَسَاوى أجزاؤه . وهذا فيه شيء ، وينبغي أن يُسَمى هذا قسمة المماثلة . ومنهم من سماها قسمة المتشابهات . وقد يُطْلق في قسمة التعديل ويقال فيها : هي إفرازٌ وبيعٌ . ولا يمكن أن يُعْتذر له ويقال : هذه لما غَلَب فيها معنى الإفراز دون غيرها سميناها به ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٦ / أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بعدها » . والمراد بعد القسمة .

(٣) في (أ) ، (ب) : « إلا باستحداث » .

(٤) وهذا هو الأصح ، وذلك لِيُسْر التدارُكِ . انظر الروضة (١١ / ٢٠٣) .

أحدهما : نعم ؛ لتمييزِ ملكه (١) .

والثاني : لا ؛ لأن فيه تعطيلَ المنفعة على الشريك ، فكأنه في حقه لا يقبل القسمة .

وإن قلنا : لا قسمةَ لواحدٍ منهما ، فلا شفعةَ لواحد منهما إذا باع صاحبُه ؛ لأن الشفعة لدفع ضررِ مؤنةِ القسمة .

أما إذا كان النصفُ لواحدٍ والنصفُ الآخرُ لخمسةٍ ، فإذا باع الخمسةُ النصفَ ، فلصاحبِ النصف الآخر الشفعةُ ؛ لأن الخمسة لو اجتمعوا وطالبوه بالقسمة : أُجْبِرَ ، وإنما لا يُجْبر إذا كان الطالبُ واحدًا . وفيه وجه أيضًا : أنَّ صاحب العشر يُجَاب ؛ إذ يقول : لي أَنْ أُعَطِّلَ الملكَ على نفسي فلم لا أُجاب ؟ وهذا - وإن كان غَيْرَ مشهورٍ - فهو مُنقاسٌ .

القسمة الثانية : قسمة التعديل (٢) .

وهو أن يخلف الرجلُ على ثلاثة بنين ثلاثةَ عبيدٍ مُتَسَاوِي القيمة ، ففي الإجبار عليه خلافٌ مشهور ، (٣ ذهب الأكثرون إلى أنه يُجْبر ٣) كما في الإفراز ؛ إذ لا ضررَ فيه (٤) والثاني : أنه لا يجبر ؛ إذ كل عبد يختصُّ بغرضٍ وصِفَةٍ لا توجد في الباقي (٥ فلا يكفي تساوي المالية ٥) مع تفاوتِ الأغراض وذلك غيرُ موجود في الأرض وذواتِ الأمثال .

وإن خلَّف بين ثلاثةِ بنين أربعةَ أَعْبُدٍ ، قيمةُ واحدٍ مائةٌ ، وقيمةُ آخر مائةٌ ، وقيمةُ الاثنين

---

(١) وهذا هو الأصح كما في الروضة (١١ / ٢٠٤) .

(٢) وفي هذه القسمة ، تُعَدَّل الأنصباءُ المختلفة بالقيمة ؛ وذلك لتحقيق العدل والمساواة بين الشريكين ، كأرضٍ تختلف قيمة أجزائها بسبب من الأسباب ، كأنْ يكون إنباتُها جيدًا ، أو كونها قريبة من الماء ، أو مُطِلَّة على بحر ، أو على شارع عام ، أو غير ذلك مما تزيد به قيمةُ بعض أجزائها . فإذا كانت الأرض مثلًا مُنَاصفة بين شريكين ، وكان قيمة ثلثها المشتمل على مزية كقيمة الثلثين الباقيين ، فَيُجْعل الثلثُ سهمًا ، والثلثان سهمًا ويُقْرع بينهما كما سبق .

(٣) في (أ) ، (ب) : « والمذهب الذي عليه الأكثرون أنه يُجْبر » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فيها » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فلا يكفي التساوي في المالية » .

الآخَرَيْنِ مائةٌ ، فالخلاف هاهنا مرتب وأولى [١] بأن لا يُجبر ؛ لأن تفاوت العدد انضمَّ إلى تفاوت الصفة . وفي الحمامات والطواحين - التي لاتقبل القسمة ، وتتساوى قيمتها - خلافٌ مرتب وأولى بالمنع ؛ إذ الغرض يختلف باختلاف أماكنها اختلافًا ظاهرًا .

فإن خلَّف طاحونةً ، وعبدًا وحماما متساوي القِيَمِ [٢] فالخلافُ مرتبٌ وأولى بالمنع .

أما إذا خلف قطعًا من [الأرض] [٣] متباينة ، وآحادُها يقبل قسمة الإفراز ، فلا يجبر على قسمة التعديل بالقيمة ؛ لأن ذلك جُوِّزَ ضرورةً للعجز عن الإفراز ، ومَيْلُ نصوصِ الشافعي (رضي الله عنه) إلى مَنْع الإجبار في هذه القسمة .

فروع

الأول : دارٌ مختلفةُ الجوانبِ ، فَقِسْمَتُها من قسمة التعديل إلا إذا كان في كل جانبٍ بناءٌ يماثل الجانبَ الآخر ويمكن قسمة العرصة ، فذلك كالأراضي . فإن احتيج إلى التعديل بالقيمة مع التفاوت ، فلا فرق بينها وبين الأمتعة .

الثاني : عرصة بين شريكين / وقيمةُ أحدِ الجانبين تَزِيد لِقُرْبه من الماء حتى يكون الثلث ٢٩٤/ب
بالمساحة نصفًا بالقيمة . قال الأصحاب : يُجْبَر على هذه القسمة ولم يُخَرِّجوه على الخلاف ، ولم يكترثوا بمثل هذا التفاوت النادر .

الثالث : قسمة اللبنات المتساوية القوالب من قبيل قسمةِ الإفراز ، فإن تفاوتت القوالبُ ، فهي من قسمة التعديل .

القسمة الثالثة : قِسمة الرَّدِّ [٤] .

وهو أن يترك عبدين ، قيمةُ أحدِهما ستُّمَائة ، وقيمةُ الآخر ألفٌ ، فلو أخذ أحدُهما

---

(١) في الأصل : « والأولى » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « القيمة » .
(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٤) « وهي التي تحتاج إلى رد مال أجنبيٍّ عن ذات المقسوم ، كأن يكون بأحد جانبي الأرض المشتركة - بئرٌ أو شجر مثلًا لا يمكن قسمته ، فيَرُدّ مَنْ يأخذ بالقسمة الناتجة عن القرعة ، قِسْطَ قيمة البئر أو الشجر ، فلو كانت قيمة البئر أو الشجر ألفًا ، وحصتُه النصْفُ ، ردّ الآخذُ خمسَمَائة » . من الفقه الإسلامي وأدلته د . وهبة الزحيلي (٥/ ٦٦٣)

النفيسَ ، ورَدَّ مائتين : استويا . ولكن هذا لايجبر عليه قطعًا ؛ لأنَّ فيه تمليكًا جديدًا .

لو قال أحدهما : يختص أحدنا بالخسيس وخُمْسٍ من النفيس ، فهذا هل يُجْبَر عليه ليتخلّص في أحد العبدين عن الشركة ؟ فيه خلافٌ ، والظاهر : أنه لا يجبر ؛ لأنّ أصل الشركة ليس ينقطع .

فإن قيل : فما حقيقة القسمة ؟ قلنا : أما قسمة الإفراز ، ففيه قولان :

أحدهما : أنه إفرازٌ ؛ إذ لو كان بيْعًا لما أُجْبِرَ عليه ، فكأنه [١] قد تبينَّ بالقسمة أنَّ ما خصَّه هو الذي ملكه [٢] .

والثاني : أنه بيعٌ ؛ إذ يَسْتحيل أن يُقال : إنه لم يَرِثْ من أبيه إلا هذه الحصة على الخصوص .

وأما قِسْمةُ الردِّ ، فهو بَيْعٌ في القدر الذي يُقابله العِوَضُ وفي [قسمة] [٣] الباقي وفي قسمة التعديل بَيْعٌ أيضًا إن قلنا : لا يُجْبَر عليه . وإن قلنا : إنه يجبر ، فطريقان : منهم مَنْ خرّج على القولين ، ومنهم من قطع بأنه بَيْعٌ ، ولكن يُجْبَر للحاجة .

ويُخَرَّج على القولين مسائل في الربويات والزكاة والوقف ، فإذا قلنا : إنه بيع ، لم يَجُزْ فصلُ الوقف عن الملك ؛ لأنه بيع . أما فصل الوقف من الوقف فلا يجوز وإن قلنا : إنه إفرازٌ ؛ لأنه كالتغيير لشرط الواقف [٤] ، وفيه وجه : أنه يجوز ؛ لأنه [قد] [٥] يشرف على الانهدام ، فيحتاج إلى القسمة . فإن قيل : فهل يُشترط الرضا ؟ قلنا : لا يُشْترط في قسمة الإجبار ، ويشترط في قسمة التراضي . ولابد مِنْ لفظٍ ، وهو قولُه : رضيتُ ، ويجب تجديدُه بعد خروج القرعة ، فيقول : رضيتُ بهذا . وقال العراقيون : يكفي السكوت بعد الرضا إلى خروج القرعة ؛ فلا يجب التجديدُ .

وأجمعوا على أنه لا يُشْترط لفظ البيع وإن قلنا : إنه بيع . ومنهم من شرط أنْ يقول :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وكأنه » .

(٢) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة (١١ / ٢١٤) . والمنهاج ص (١٥٢) .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « الوقف » .

(٥) زيادة من (ب) .

قاسمتُك على هذا الوجه ، أو رضيتُ بالقسمة ؛ ليتلفظَ بالقسمة ، ولا يكفي قولُه : رضيتُ بهذا ؛ لأن القسمة تؤدّي معنى التمليك والتملك .

فرعان

أحدهما : أن القبة والقناة (١) والحمام وما لا يقبل القسمة ، [فالصواب] (٢) المهايأة فيها بالتراضي ، ومَنْ رجع قبل استيفاء نوبته ، فله ذلك . وإن استوفى ، ثم رجع ، فوجهان :

أقيسُهُمَا : أنه يرجع ويغرم ما انفرد به .

والثاني : لا ؛ لأنّ هذه معاملةٌ جَرَى عليها الأولون فلا تشوش . وقال ابن سريج : يُجْبر على المهايأة ؛ لأن بعض مَنْ يستغنى عنه لثروته قد يعطل على الشركاء بكذا . والصحيحُ : أنهم لو تنازعوا وتناكدوا : تُرِكُوا إلى أنْ يصطلحوا .

الثاني :أنه (٣) لو تقدم جماعةٌ ، فالتمسوا من القاضي قسمةَ مالٍ بينهم من غير إقامة حجة على أنه ملكهم ، فالصحيح : أن القاضي يقسم ويكتب في الحجة : إني قسمتُ بقولهم ، وكذلك إذا جاء واحدٌ منهم وطلب . وفيه قول آخر : أنه لا يُجِيبُ ؛ لأنه ربما يكون متصرفًا في مال الغير من غير بينةٍ ، وهو بعيدٌ ؛ لأنَّ اليَدَ لهم في الحال .

* * *

(١) كلمة : « والقناة » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) كلمة : « أنه » ليست في (أ) ، (ب) .

كتاب الشهادات

وفيه ستة أبواب

الباب الأول

فيما يُفيد أهليةَ الشهادة وقبولَها من الأوصاف

وهي ستة : ثلاثة منها لا يَطُول النَظرُ فيها ، وهي : التكليف ، والحرية ، والإسلام ؛ (١ فلا تُقْبل شهادةُ صَبِيٍّ ولا مجنونٍ ١) . ولا تُقْبل شهادة كافر ، لا على كافرٍ ، ولا على مسلم . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : تُقْبل على الكافر (٢) .

ولا تقبل شهادة العبد أصلًا ، وقال داود : تُقْبل (٣) . وثلاثةٌ يطول النظرُ فيها ، وهي : العدالة ، وحِفْظُ المروءة ، والانفكاك عن التُّهْمَة .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فلا تقبل شهادة مجنون ولا صبيّ » .

(٢) اتفق أهل العلم على أن شهادة الكافر على المسلم لا تقبل . ثم اختلفوا في موضعين :

الأول : شهادة الكافر على الكافر ، وهي غير مقبولة عند الشافعية والمالكية والحنابلة . وأجازها الإمام أبو حنيفة (رحمه الله) .

الثاني : شهادة أهل الكتاب في الوصية في السفر إذا لم يوجد غيرهم ، وهي غير مقبولة في مذهب الحنفية والمالكية والشافعية . ومقبولة في مذهب الحنابلة في هذا الموضع . انظر : المبسوط (١٦ / ١١٣) . فتح القدير (٧ / ٤٠٢) . رد المحتار (٧ / ٦٣ ، ٦٤) . الكافي ص (٤٦١) . حاشية العدوي على الخرشي (٧ / ١٧٦) . الشرح الصغير (٤ / ٢٣٩) مختصر المزني ص (٣٠٥) . معرفة السنن والآثار (١٤ / ٢٧٧ ، ٢٧٨) . روضة الطالبين (١١ / ٢٢٢) . حلية العلماء (٨ / ٢٤٨ ، ٢٤٩) . رحمة الأمة ص (٣٢٥) . المقنع ص (٢٤٦) . المغني لابن قدامة (٩ / ١٨٤) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن شهادة العبد غير مقبولة مطلقًا ، سواء شهد في حق من حقوق الله أو في حقٍّ من حقوق العباد . وهو مذهب الحنفية والمالكية . انظر : مختصر المزني ص (٣٠٥) . معرفة السنن والآثار (١٤ / ٢٧٥ ، ٢٧٦) . حلية العلماء (٨ / ٣٤٦ ، ٣٤٧) . تحفة الفقهاء (٣ / ٣٦٢) . فتح القدير (٧ / ٣٩٩) . رد المحتار (٧ / ٦٣) . الكافي ص (٤٦١) . حاشية الدسوقي (٤ / ١٦٥) . الشرح الصغير (٤ / ٢٣٩) .

ومذهب داود : أن شهادة العبد مقبولة ، وهو مذهب الحنابلة أن شهادته مقبولة إلا في الحدود والقصاص ، ومنهم من قبلها فيهما أيضًا . انظر : القوانين الفقهية ص (٣١٢) . المغني (٩ / ١٩٤) . كشاف القناع (٦ / ٤٢٦) . دليل الطالب ص (٢٨٤) .

الوصف الأول : العدالة .

قال الشافعي (رضي الله عنه) : « وليس أحدٌ من الناس نَعْلَمه – إلا قليلًا – يمحض الطاعة حتى لا يَخْلطها بمعصية » (١) أشار بهذا إلى أنَّ العصمة من المعاصي ليس بشرط ؛ إذ ذلك يحسم بابَ الشهادة ، ولكن مَنْ قارف كبيرة ، أو أَصَرَّ (٢) على صغيرة ، لم تُقْبل شهادتُه ؛ لأن ذلك يُشْعِر بالتهاون بأمر الدِّيانة ، ومثلُه جديرٌ بأن لا يَخَاف وَبَالَ الكذبِ / . أما مَنْ يُلِمُّ بالصغيرة ٢٩٥/أ
أحيانًا لفترةٍ تقع من مراقبة التقوى ، وفَلْتةٍ تقع للنفس في الخروج عن لجام الورع ، وهو مع ذلك ما يَنفكّ عن تَنَدُّمٍ واستشعارِ خوفٍ ، فهذا لا تُرَدّ به الشهادة ؛ قال رسول الله ﷺ : « لا يَخْلو المؤمنُ مِنَ الذَّنْبِ يُصِيبُه الفَيْنَة بَعْدَ الفَيْنَةِ » (٣) أي الوقت بعد الوقت ، وإنما الفسقُ : المرونُ على المعصية (٤) وإن كانت صغيرةَ .

والفرقُ بين الصغيرة والكبيرة يَطُول ، وقد استقصيناه في كتاب « التوبة » من كتب « إحياء علوم الدين » (٥) ، ونُشير الآن إلى بعض ما يُعْتاد من الصغائر ، وهي ستة :

الأولى : اللعب بالشطرنج ليس بحرام ، ولكنه مكروهٌ . وإن قلنا : إنه مباح ، أردنا أنه لا إِثْم فيه ، لا لا كراهية فيه ؛ فلا تُرَد به الشهادة إلا أن يختلط به قمارٌ (٦) ، وهو أَخْذُ مالِ المقمور واشتراطُه (٧) ، أو اليمين الفاجرة . وقد رُوِيَ أن سعيد بن جُبَيْر (٨) (رضي الله عنه) كان يَلْعب به

(١) انظر مختصر المزني ص (٣١٠) . ومعرفة السنن والآثار (١٤ / ٣١٤) .

(٢) في (أ) : « وأصرَّ » .

(٣) لم أجد هذا الحديث . وقوله : « الفينة بعد الفينة » يعني الحين بعد الآخر . والفينات : الساعات . انظر تهذيب الأسماء واللغات (٣ / ٢ / ٧٧) .

(٤) المرون : التعوّد والاستمرار . يقال : مَرَنَ يَمْرُنُ . انظر مختار الصحاح ص (٦٢٢) . المصباح المنير (٢ / ٨٧٨) . القاموس المحيط ص (١٥٩٢) مادة (م ر ن) .

(٥) انظر الإحياء (٤ / ١٧ – ٢٢) . وانظر روضة الطالبين (١١ / ٢٢٢) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « القمار » . (٧) في (أ) ، (ب) : « أو اشتراطه » .

(٨) هو سعيد بن جبير بن هشام الأسدي ، تابعي جليل ، روى عن ابن عباس وابن عمر وأبي سعيد الخدري وأبي =

وهو مُسْتَدْبِرُه ولايراه [1] . وقولُ عليٍّ (رضي الله عنه) : « ما هذه التماثيلُ التي أنتم لها عاكفون » [2] لعلّه كان في مَعْرِض السؤال ؛ إذْ أَشْكل عليه صورةُ تلك الأشكال ، وأنها ما هي ؟ [3] . أما المداومة عليه فقد تَقْدح في المروءة وتُعَطِّل المهمات ، وقد ينشأ رَدُّ الشهادة من هذا وسيأتي .

الثانية : اللعبُ بالنَّرْدِ حرامٌ ؛ لما رُوي أنه ﷺ قال : « مَلْعونٌ مَنْ لَعِبَ بالنردشير » . وقال : « اللَّاعِبُ بالنَّرْدِ كعَابدِ الوثنِ » [4] . ونُقِلَ عن ابن خيران وأبي إسحق المروزي أنه كالشطرنج ، وهو القياس ، ولكن الخبر مانعٌ منه . ثم وإنْ قلنا : إنه حرام ، فالمداومةُ عليه تَرُدُّ الشهادةَ دون المرة الواحدة ، وقيل : إنّ المرة الواحدة فسقٌ تردّ الشهادة .

وأما اللعبُ بالحمام فليس بحرامٍ ، وتردد العراقيون في كراهيته . وردُّ الشهادة به إنما يكون من جهة المروءة في حقِّ مَنْ يقدح في مروءته .

الثالثة : قال الشافعي (رضي الله عنه) : الحنفيُّ إذا شرب النبيذَ حَدَدْتُه وقَبِلْتُ شهادتَه . أما الحدُّ فللزجر حتى لا يَعود إليه ؛ إذْ يجرُّ إلى الفساد . وأما قبولُنا الشهادةَ ؛ فَلِأَنَّ إقدامَه على

= هريرة وغيرهم من الصحابة . وقد خرج على الحجاج مع ابن الأشعث ، ثم هرب إلى مكة بعد هزيمة ابن الأشعث ، وجيء به إلى الحجاج فقتله سنة (٩٥) هـ . انظر تهذيب التهذيب (٤ / ١١ - ١٣) .

(١) رواه البيهقي في معرفة السنن والآثار (١٤ / ٣٢٢) .

(٢) رواه البيهقي في معرفة السنن والآثار (١٤ / ٣٢٣) .

(٣) وهذا التأويل بعيدٌ ؛ ومما يدل على ذلك أنه رُويَ عنه أيضًا أنه قال لهم : « لِغَيْرِ هذا خُلِقْتُمْ » مما يَشي بزجره لهم . انظر المصدر السابق .

(٤) لم أجد هذين الحديثين ، ويُغْني عنهما ما صَحَّ عن النبي ﷺ في التحذير من اللعب بالنرد ، ومن ذلك ما رواه مسلم في صحيحه (٤ / ١٧٧٠) (٤١) كتاب « الشعر » (١) باب « تحريم اللعب بالنردشير » حديث (٢٢٦٠) بإسناده عن النبي ﷺ قال : « من لعب بالنَّرْدِشِير فكأنما صَبَغ يده في لحم خنزير ودَمِه » .

وروى أبو داود في سننه (٥ / ٢٣٠) (٣٥) كتاب « الأدب » (٦٤) باب في « النهي عن اللعب بالنردشير » حديث (٤٩٣٨) بإسناده عن أبي موسى الأشعري أن رسول الله ﷺ قال : « مَنْ لعب بالنَّرْدِ فقد عصى الله ورسوله » . ورواه ابن ماجه (٢ / ١٢٣٧) حديث (٣٧٦٢) .

شُرْبها لم يُشْعِر بتهاونه ؛ إذِ اعتقدَ إباحته . واستبعد المزنيُّ هذا الفرقَ (١) . فمن الأصحاب مَنْ قال : يُحدُّ ولا تُقْبل الشهادة . ومنهم من قال : لا يُحَدّ وتُقْبل شهادته . فتحصَّلنا على ثلاثة أوجه (٢) . فإن قلنا : إن الحنفيَّ لا يُحَدُّ ، ففي الشفعويِّ وجهان ؛ لشبهة الخلاف في الإباحة (٣) .

الرابعة : المعازِفُ والأوتار حرامٌ ؛ لأنها تُشوِّق إلى الشُّرْب ، وهو شِعَار الشَّرْبِ ؛ فحرم التشبُّهُ بهم . وأما الدفّ - إن لم يكن فيه جلاجل - فهو حلالٌ ؛ ضُرب في بيت رسول الله ﷺ (٤) .

وإن كان فيه جلاجل ، فوجهان (٥) . وفي اليراع وجهان ، والأصح أنه لا يحرم (٦) . والمزمار العراقي حرام ؛ لأنه عادة أهل الشرب . والطبول كلُّها مباح إلا الكوبة ، قال : فإنه طَبْلُ المخنثين ، وهو طبل طويل مُتَّسِعُ الطرفين ضَيِّق الوسط ، وسبب تحريمِه التشبُّه بهم . وكذا الضَّرْب بالصفاقتين حرامٌ ؛ لأنه من عادتهم .

---

(١) اعترض المزني (رحمه الله) على ذلك فقال : « فكيف يحد مَنْ شرب قليلًا من نبيذ شديد ، ويجيز شهادته؟! » . انظر مختصره ص (٣١٠) .

(٢) والأصح - وهو المنصوص - أنه يُحَدّ ولا ترد شهادته . انظر الروضة (١١ / ٢٣١) .

(٣) والمذهب أن من يشرب النبيذ معتقدًا تحريمه : يُحَدُّ وتُرَدُّ شهادته . انظر الروضة (١١ / ٢٣١) .

(٤) انظر في هذا ما رواه البخاري في صحيحه (٢ / ٥١٦) (١٣) كتاب « العيدين » (١٣) باب « سنة العيدين لأهل الإسلام » . حديث (٩٥٢) . وما رواه مسلم في صحيحه (٢ / ٦٠٧ - ٦١٠) (٨) كتاب « صلاة العيدين » (٤) باب « الرخصة في اللعب الذي لا معصية فيه في أيام العيد » ؟. وما رواه ابن ماجه (١/ ٦١١ - ٦١٣) (٥) كتاب « النكاح » (٢١) باب « الغناء والدفّ » حديث (١٨٩٧) عن الربيع بنت معوذ ، وحديث (١٨٩٨) عن عائشة . وحديث (١٨٩٩) عن أنس ، وحديث (١٩٠٠) عن ابن عباس ، وحديث (١٩٠١) عن ابن عمر رضي الله عنهم جميعًا .

(٥) وفي الروضة (١١ / ٢٢٨) أن الأصحّ حِلُّه أيضًا .

(٦) قال النووي في الروضة (١١ / ٢٢٨) : « قلتُ : الأصح - أو الصحيح - تحريم اليراع ، وهو هذه الزمارة التي يقال لها : الشبابةُ . وقد صنف الإمام أبو القاسم الدولعيّ كتابًا في تحريم اليراع مشتملا على نفائس ، وأطنب في دلائل تحريمه ، والله أعلم » .

وقد ذكرنا مآخذ هذه التحريمات في كتاب « الوجد والسماع » ، وفصلنا ما يَحِلُّ ويَحْرُم . ثم قال الشيخ أبو محمد : سماعُ الأوتار مرةً لا يَرُدّ الشهادة ، وإنما تُرَدُّ بالإصرار . وقال العراقيون : هو كبيرة (١) تُوجِبُ المرةُ الواحدةُ رَدَّ الشهادة . ولاشك أن ذلك يختلف بالبلاد ، فحيث يَعْظُم أمْرُه ، فالمرةُ الواحدة تُشْعر بانخرام مروءةِ الشاهد .

الخامسة : نَظْم الشعرِ وإنشادُه وسماعُه - بألحان وغير ألحان - ليس بحرامٍ ، إلا أن يكون في الشعر هَجْوٌ ، أو وصْفُ امرأةٍ مُعَيَّنة ، أو فُحْشٌ . وما يحرم نَثْرُه فيحرم نَظْمه ؛ فإن الشعر كلامٌ ، حسنُه حسنٌ ، وقَبيحُه قبيح (٢) ، وقد أُنشد عند رسول الله ﷺ أشعارٌ ولم يُنْكرها (٣) .

وإن أطنب في المدح حتى انتهى إلى حدِّ الكذب ، قيل : إنه حرام ، والصحيحُ أن ذلك ليس بكذب ؛ إذ ذلك ليس يُقصد منه الاعتقادُ والتصديق ، بل هي إظهارُ صنعة في الكلام .

وسماعُ الغناء مباحٌ ؛ لأن ما جاز من غير لحنٍ جاز مع ألحان (٤) ، إلا أن يُتَّخذ ذلك عادةً ،

---

(١) في (أ) ، (ب) : « هي كبيرة » .

(٢) قوله : « فإن الشعر كلام .... الخ » هو من كلام الشافعي (رحمه الله) كما في الأم (٦ / ٢٠٧) : « الشعر كلامٌ ، حَسَنُه كَحَسَنِ الكلام ، وقبيحُه كقبيحِ الكلام ... » . ويُرْوى هذا القولُ مرفوعًا أيضًا كما في السنن الكبرى (١٠ / ٢٣٧) ولكن إسناده ضعيف .

(٣) انظر في هذا ما رواه مسلم في صحيحه (٤ / ١٩٣٢ - ١٩٣٨) (٤٤) كتاب « فضائل الصحابة » (٣٤) باب « فضائل حسان بن ثابت » حديث (٢٤٨٥) بإسناده عن أبي هريرة ، ونصه « أن عمر (رضي الله عنه) مَرَّ بحسان (رضي الله عنه) وهو ينشد الشعر في المسجد ، فلحظ إليه ، فقال : قد كنتُ أُنشد فيه ، وفيه من هو خيرٌ منك ، ثم التفت إلى أبي هريرة (رضي الله عنه) وقال : أَنْشدُك الله ، أسمعتَ رسولَ الله ﷺ يقول : « أَجِبْ عنِّي ؛ اللهمَّ أَيِّدْه بروح القدس ؟ قال : اللهم نعم » . وانظر حديث (٢٤٨٦) .

(٤) المقصود بالألحان هنا التقطيعُ العروضيّ المصحوبُ بالترنُّم والتنغيم ، وليس المقصودُ الغناءَ المصحوبَ بالموسيقى ، فهذا حرامٌ لا شك فيه . وفي الروضة كلام حسن في هذا الأمر ، وهذا نصّه « غناء الإنسان ، قد يقع بمجرد صوته ، وقد يقع بآلة . أما القسم الأول ، فمكروه ، وسماعُه مكروه ، ولَيْسَا محرمَيْنِ ، فإن كان سماعُه من أجنبية ، فأشدُّ كراهةً . وحكى القاضي أبو الطيب تحريمه ، وهذا هو الخلاف الذي سبق في أن صوتها ، هل هو عورةٌ ؟ فإن كان في السماع منها خوفُ فتنةٍ ، فحرامٌ بلا خلاف ، وكذا السماع من صبيٍّ يخاف منه الفتنة ... » ثم قال : « القسم الثاني : أن يُغَني ببعض آلات الغناء مما هو من شعار شاربي الخمر - وهو مُطْرِب - كالطنبور ، والعود ، والصَّنج ، وسائر المعازف ، والأوتار ، يحرم استعمالُه واستماعه » . اهـ (١١ / ٢٢٧ ، ٢٢٨) .

فقد يقدح في المروءة .

والرقص أيضًا مباح [(١)] ، ولكن إذا صار معتادًا ، أو صار الغناء مكسبة ، فيقدح في المروءة .

والتغني بالقرآن جائزٌ [(٢)] ، بل مستحبٌّ إلا أن يَنْتهي إلى التمطيط المشوّش للنظم ، كان أبو موسى الأشعري (رضي الله عنه) حَسَنَ الترنُّمِ بالقرآن ، فقال رسول الله ﷺ : « إنَّ هَذَا قَدْ أُوتِيَ مِزْمَاراً من مزامير آلِ دَاوُدَ عليه السلام » [(٣)] .

السادس : لبس الحرير ، والجلوسُ عليه حرامٌ ، وتُرَدُّ الشهادة باستدامته دون المرة الواحدة ، وكذا التختم بخاتمِ الذهب [(٤)] . وغَلط بعضُ الأصحابِ فقال : لو كان / شهود٢٩٥/ب

---

(١) وفي الروضة (١١/٢٢٩) : « قال الحليمي : لكن الرقص - الذي فيه تَثَنٍّ وتَكَسُّرٌ يُشْبه أفعالَ المخنثين - حرامٌ على الرجال والنساء » .

(٢) ومن الأدلة على ذلك قولُه ﷺ : « ليس مِنّا مَنْ لم يَتَغَنَّ بالقرآن » رواه البخاري في صحيحه (١٣/ ٥١٠) (٩٧) كتاب « التوحيد » (٤٤) باب « قول الله تعالى : ﴿ وأسِرُّوا قولكم أو اجْهَرُوا بِهِ ﴾ حديث (٧٥٢٧) .
وقال الحافظ ابن حجر بعد أن أورد تفسيرات في معنى « التغنّي » : « والذي يتحصل من الأدلة أن حُسْنَ الصوت بالقرآن مطلوبٌ ، فإن لم يكن حسنًا فَلْيُحَسِّنْه ما استطاع كما قال ابن أبي مليكة أحد رواة الحديث ، وقد أخرج ذلك عنه أبو داود بإسناد صحيح . ومن جملة تحسينه أن يراعي فيه قوانين النغم ، فإنّ الحَسَن الصوتِ يزداد حُسنًا بذلك ، وإن خرج عنها أثّر ذلك في حُسْنه ، وغيرُ الحسنِ ربما انجبر بمراعاتها ما لم يخرج عن شرط الأداء المعتبر عند أهل القراءات ، فإن خرج عنها لم يَفِ تحسينُ الصوتِ بِقُبْح الأداء . ولعل هذا مستند مَنْ كَرِهَ القراءة بالأنغام ؛ لأن الغالبَ على مَنْ راعى الأنغام أن لا يراعي الأداء ، فإنْ وُجِدَ مَنْ يراعيهما معًا فلا شك في أنه أرجح من غيره ؛ لأنه يأتي بالمطلوب من تحسين الصوت ويجتنب الممنوعَ من حرمة الأداء ، والله أعلم » . انظر فتح الباري (٨/ ٦٩٠) .

(٣) الحديث رواه البخاري في صحيحه (٨/ ٧١٠) كما في الفتح (٦٦) كتاب « فضائل القرآن » (٣١) باب « حُسْن الصوت بالقراءة للقرآن » حديث (٥٠٤٨) بإسناده عن أبي موسى الأشعريّ أن النبي ﷺ قال له : « يا أبا موسى ، لقد أوتِيتَ مزمارًا من مزامير آل داود » . ورواه مسلم (١/ ٥٤٦) (٦) كتاب « صلاة المسافرين وقصرها » (٣٤) باب « استحباب تحسين الصوت بالقرآن » حديث (٧٩٣) من حديث بريدة مرفوعًا . ورواه ابن ماجه (١/ ٤٢٥) (٢٥) كتاب « إقامة الصلاة والسنة فيها » (١٧٦) باب « في حُسْن الصوت بالقرآن » حديث (١٣٤١) من طريق أبي هريرة مرفوعًا .

(٤) ومما يدلُّ على حُرْمة لبس الحرير ولُبْس الذهب على الرجال ما رواه أبو داود في سننه (٤/ ٣٣٠) (٢٦) كتاب « اللباس » (١٤) باب في « الحرير للنساء » حديث (٤٠٥٧) بإسناده إلى علي بن أبي طالب قال : « إن نبيّ الله ﷺ =

النكاح على حرير ، لم ينعقدِ النكاحِ ، بشهادتهم .

الوصف الثاني : المروءة . فمن يرتكب من المباحات ما لا يَليق بأمثاله ، كالأكل في الطريق ، والبول في الشارع ، ولُبْسِ الفقيهِ القباءَ والقَلَنْسُوة في بلادنا وغير ذلك مما يسخر به فيه ، فيدل ذلك إما على خبل في عقله أو انحلالٍ في نفسه يُبْطِل الثقةَ بصدقه ، فتخل شهادته . ولا يَخْفى أن ذلك يختلف بالأشخاص والأحوال ، فذو المنصب إذا حمل المتاعَ إلى بيته لِبَخَله فلا مروءة له ، وإن أمكن حَمْلُه على التقوى والاقتداءِ بالأولين ، فلا يقدح فيه .

ويلتحق بهذا الفنّ (١) الإكبابُ على المباحات المانعة من المهِمّات ، كمداومة الشطرنج ، واللعب بالحمام ، والرقص ، والغناء ، فإن ذلك أيضًا يُشْعر بانحلال .

واختلفوا [أيضًا] (٢) في الحرف الدَّنِيّة ، فمنهم من لم يَقْبل شهادةَ الدباغ والكنّاس والحجّام والمُدَلِّكِ (٣) ، ومَنْ يتعاطى القذر (٤) ؛ لأن اختيارَه هذه (٥) الحرفةَ يُشْعِر بخسَّتِه . ومنهم من قال : تُقْبل إذا كان ذلك صنعةَ آبائه ، ولائقًا بأمثاله . وفي الحائك طريقان ، قال القفال : لا فرق بينه وبين الخياط ، وقال بعضهم : جَرَت العادةُ بالإزراء بهم ، فاختيارُه – مع ذلك – كاختيار الكَنْس والحجامة .

الوصف الثالث الانفكاك عن التهمة :

ولا خلافَ أنّ شهادة العدل لا تُقْبل في كل موضع ، فنقول : للتهمة أسبابٌ :

= أخذ حريرًا فجعله في يمينه ، وأخذ ذهبا فجعله في شماله ، ثم قال : « إن هذين حرامٌ على ذكور أمتي » . ورواه الترمذي في سننه (٤ / ١٨٩) حديث (١٧٢٠) بإسناده عن أبي موسى الأشعري مرفوعًا بلفظ « حُرّم لباسُ الحريرِ والذهب على ذكور أمتي وأُحِلّ لإناثهم » . قال الترمذي : حديث أبي موسى حديث حسن صحيح .

(١) كلمة : « الفن » ليست في (أ) ، (ب) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) والأصح قبول شهادتهم كما في الروضة (١١ / ٢٣٣) .

(٤) وفي الروضة (١١ / ٢٣٣) « أن الذين يباشرون النجاسة ، إنما يجري فيهم الخلاف إذا حافظوا على الصلوات في أوقاتها واتخذوا لها ثيابًا طاهرة ، وإلا فترد شهادتهم بالفسق » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لأن اختيار هذه ... » .

الأول : أن تتضمن الشهادةُ جَرًّا أو دفعًا (١) .

أما « الجرُّ » فبِأَنْ يشهد على مَنْ جرح مُوَرِّثَه ، فالشهادةُ مردودةٌ ؛ لأن بدل الجراحة يحصل له بالإرث ، والجرحُ سببُ الموت المفْضِي إلى الإرث . ولا خلافَ أنه لو شهد في مرض الموت للمورث بمالٍ جاز ، ولا نَجعل للتهمة موضعًا (٢) ، وإنما ردت شهادة الجرح ؛ لأن تزكيته (٣) ترجع إليه .

وأمّا « الدفعُ » فبِأنْ يشهد اثنان من العاقلة على فسق شهود القتلِ الخطأ ؛ فكأنهم يَشْهدون لأنفسهم .

فرعان

الأول : لو شهد أحدُ الابْنَيْنِ على أخيه بألف درهم دَيْنٌ على المورث وقلنا : لا يجب عند الانفراد بالإقرار إلا حصّةُ المقِرّ : قُبِلَتْ هذه الشهادة ؛ إذ لا دفع فيها . وإن قلنا : إنه يلزمه تسليمُ جميع الألف من حصته لو أنكر الآخر ، فلا تُقْبل شهادته ؛ لأنه دافع . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : إن أقر ثُمّ شهد ، لم تقبل كما لو قذف ثم شهد . ولو أنشأ الشهادةَ ابتداءً قُبِلَ ؛ كما لو شهد على الزنا .

الثاني : لو شهد شاهدان لرجلين بالوصية لهما في تركة ، فشهدا للشاهدين أيضًا بوصية ، قال صاحب « التقريب » : لا تُقْبَل ؛ للتهمة . وهذا فاسدٌ ؛ لأن كل شهادةٍ منفصلةٌ عن الأخرى ، ليس فيها جرّ ، وقد قطع الأصحابُ بأنّ رفقاءَ القافلة إذا شهد بعضُهم لبعضٍ في قطع الطريق ، قُبِلَ إذا لم يَتَعَرَّض في شهادته لنصيبِ نفسه (٤) .

السبب الثاني : البَعْضيّة الموجبة للنفقة تمنع قبولَ الشهادة .

فلا تُقْبل الشهادة للولد والوالد وسائرِ الفروع والأصول ؛ لأنه ليس له من ماله إلا قدر حاجته ، ومالُ أصوله وفروعِه معرضٌ لحاجته، فكأنه شهد لنفسه . وفي شهادة الزوجين ثلاثةُ

---

(١) يعني تَجُرُّ نفعًا ، أو تَدْفع ضرًّا عن الشاهد .

(٢) في (أ) ، (ب) : « موقعًا » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بدله » .

(٤) انظر ص ( ) من باب « قطع الطريق » .

أقوال كما ذكرناه في القطع بالسرقة [١] .

ولا خلافَ أن شهادة الزوج على إنسانٍ بأنه زنى بزوجته لا تُقْبل ، وكذلك إنْ شهد على زوجته بالزنا مع ثلاثةٍ من العدول ؛ لأنها أَوْغَرَتْ صدره فنشأ منه عداوةٌ ، ولأنه يشهد بالخيانة على محل حقّه . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : تُقْبل [٢] .

وقال مالك (رحمه الله) : تُقْبل شهادةُ الولدِ لوالدِه ، ولا تُقْبل شهادةُ الوالد لولده [٣] . وللشافعيِّ (رضي الله عنه) قولٌ قديم : أنه تُقْبل الشهادة للولد وللوالد .

أما الشهادة عليهم فمقبولةٌ ؛ لأنها أبْعَدُ عن التهمة . وفيه وجه : أن شهادةَ الابنِ لا تُقْبل على الأب بالعقوبات ؛ إذ لا يكون الابنُ سببَ عقوبةِ الأب . وهذا بعيد ؛ لأنه مُظْهِرٌ لا مُوجِب .

وفي حبس الأب بِدَيْنِ ولدِه ثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه لا يُحْبَس ؛ لأنه عقوبة [٤] .

---

(١) انظر باب « السرقة » .

(٢) مذهب الشافعية : أن الزوج إذا شهد على زوجته بالزنا مع ثلاثة آخرين ، فلا تقبل شهادته ، ويحدّ إذا لم يلاعن ، أما الثلاثة فيحدون ، وهو مذهب المالكية والحنابلة إلا أن الزوج – عند الحنابلة – لا يُحَدّ . انظر : الوجيز (٢ / ٢٥١) . الروضة (١١ / ٢٣٧) . حلية العلماء (٨ / ٢٧٤) . الكافي ص (٥٧٣) . المقنع ص (٢٩٨) المبدع (٩ / ٧٨) . كشاف القناع (٦ / ١٠١) .

(٣) اتفقت المذاهب الأربعة على أن شهادة الابن لأبيه ، أو شهادة الأب لابنه ، غير مقبولة . وعن الإمام أحمد روايتان أخريان : إحداهما : أنه تقبل شهادة الابن لأبيه ولا تقبل شهادة الأب لابنه . والثانية : تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه ما لم تَجُرَّ إليه نفعًا في الغالب .

ومن هذا يُعلم أن مذهب مالك ليس كما حكاه الإمام الغزالي (رحمه الله) . انظر : مختصر المزني ص (٣١٠) . معرفة السنن والآثار (١٤ / ٣١٧) . الوجيز (٢ / ٢٥٠) . الروضة (١١ / ٢٣٦) . مختصر الطحاوي ص (٣٣٥) . تحفة الفقهاء (٣ / ٣٦٢) . المبسوط (١١ / ١٢١) . فتح القدير (٧ / ٤٠٣) . رد المحتار (٧ / ٦٤) . ملتقي الأبحر (٤ / ٨٨) . الكافي ص (٤٦١) . الشرح الكبير (٤ / ١٦٨) . حاشية العدوي على الخرشي (٧ / ١٧٩ ، ١٨٠) . الشرح الصغير (٤ / ٢٤٤) . المبدع (١٠ / ٢٤٢ ، ٢٤٣) . كشاف القناع (٦ / ٤٢٨) .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١١ / ٢٣٧) .

والثاني : أنه يُحْبس ؛ لأنه ليس مقصودًا ، وعليه أن يُؤَدِّي الحقَّ لِيتخلَّص ، وقال صاحب « التلخيص » : يُحبس في نفقته ولايحبس في سائر ديونه .

فرع : إذا شهد بحقٍّ مشتركٍ بين ولدِه وأجنبيٍّ ، ورُدَّ في حقِّ ولده ، ففي الردّ في حقّ الأجنبيِّ وجهان ؛ لأجل تبعيض الشهادة في نفسها (١) .

السبب الثالث : العداوة . فلا تُقْبل شهادةُ العدوِّ على العدوّ خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) وسَلَّمَ أن شهادة المخاصم في الحال لا تُقْبل (٢) .

أما شهادةُ المخاصم [بعد انقطاع الخصومة] (٣) فمقبولةٌ بالاتفاق ؛ إذ يؤدّي ذلك إلى أنّ مَنْ

---

(١) والأصح أنه تقبل شهادته في حق الأجنبي ، ولا يؤثر في قبولها أن تُرَدَّ في حقِّ ابنه أو أبيه . انظر الروضة (١١ / ٢٣٧) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن شهادة العدوّ على عدوه غير مقبولة ، وهو مذهب المالكية والحنابلة . والمقصود بالعداوة هنا العداوة الدنيوية ، مثل أن يشهد المقذوفُ على القاذف ، والمقطوعُ عليه الطريقُ على القاطع ، والمقتولُ وليُّه على القاتل ، والمجروح على الجارح . فأما العداوة في الدين ، كالمسلم يشهد على الكافر ، أو المحقُّ من أهل السنة يشهد على مبتدع ، فلا ترد شهادته ؛ لأن العدالة بالدين ، والدينُ يمنعه من ارتكاب محظور في دينه .

وفي المذهب الحنفيِّ اختلافٌ في هذه الشهادة ، والحاصلُ أن في المسألة قولين مُعْتمدَيْن :

أحدهما : عدم قبول شهادة العدو على عدوه عداوةً دنيوية مطلقًا ، سواء أخرجتْه هذه العداوةُ إلى الفسق أم لا .

والثاني : أنها تُقْبل إلا إذا فسق بهذه العداوة .

وقال بعضهم : تنقسم العداوة إلى مؤثرة في العدالة ، وغير مؤثرة ، فالمؤثرة كعداوة المجروح على الجارح ، وعداوة وليِّ المقتول على القاتل . وغير المؤثرة ، كعداوة شخصين وقعت بينهما مشاتمةٌ أو دعوى مالٍ ، أو حق في الجملة . فشهادةُ صاحب النوع الأول لا تقبل كما هو المصرح به في كثير من كتب المذهب ، وشهادة صاحب النوع الثاني تقبل ؛ لأنه عدل . انظر في هذه المسألة : مختصر الطحاوي ص (٣٣٢) . رد المحتار (٧ / ١١١ ، ١١٢) . ملتقى الأبحر (٤ / ٨٨ ، ٨٩) . الكافي ص (٤٦٢) . القوانين الفقهية (٣١٣) . بداية المجتهد (٢ / ٥٦٩) . الخرشي على مختصر خليل (٧ / ١٨٤) . الشرح الكبير (٤ / ١٧١) . الشرح الصغير (٤ / ٢٤٦) . أسهل المدارك (٣ / ٢١٣) المقنع ص (٣٤٨) دليل الطالب ص (٦ / ٤٣١) المغني (٩ / ١٨٥) . مختصر المزني ص (٣١٠) . معرفة السنن (١٤ / ٣١٥) . حلية العلماء (٨ / ٢٦٢) . الروضة (١١ / ٢٣٧) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

يستشعر من غيره إقامةَ شهادةٍ عليه يُنْشيء معه خصومةً .

ورَدُّ شهادة العدوِّ مُشْكِلٌ ؛ لأنه إن أخرجتْه العداوةُ إلى فسقٍ ، فتردُّ للفسق . وإن لم تُخْرِجْه / إلى معصية فلا يَبْقَى إلا مجردُ تُهْمَةٍ . ٢٩٦/أ

ولا خلافَ أنَّ الشهادة للصديق مقبولةٌ ، وكذا الأخ والأقارب . ولكن المعتمد فيه قولُ رسول الله ﷺ : « لا تُقْبَل شهادة خصم على خصم » [١] .

وإنما تُرَدّ الشهادة بعداوةٍ ظاهرة ، موروثةٍ أو مكتسبة ، بحيث يُعْلَم أنّ كلَّ واحدٍ منهما يَفْرَح بِمَسَاءَةِ صاحبه ، ويَغْتمُّ بِمَسَرَّته ، ويَبْغِي الشرَّ له . وهذا القدرُ لا يَفْسُق به فترد الشهادة به . وإنْ عُرِفَ ذلك من أحدهما ، خُصَّتْ شهادتُه بالردِّ دون شهادة صاحبِه .

وقد يكون سببُ العداوة التعصُّبَ للأهواءِ والمذاهب ؛ إذ المعتزلةُ وسائرُ المبتدعة لا يَكْفرون ، وأنه تُقْبل شهادتُهم وإنْ ضَلَّلْناهم . قال الشيخ أبو محمد : تُرَدّ شهادة مَنْ يَطْعن في الصحابة (رضي الله تعالى عنهم) ومَنْ يقذف عائشة (رضي الله تعالى عنها) فإنها مُحْصَنة بنصِّ الكتاب [٢] ، مُبَرَّأةٌ عن الفواحش . وما ذكره صحيحٌ ، وإنما تُقْبل شهادةُ المخالفين في

---

(١) رواه عبد الرزاق في مصنفه (٨ / ٣٢٠) بإسناده عن أبي هريرة مرفوعًا قال : بعث رسول الله ﷺ مناديا في السوق أنه لا تجوز شهادةُ خَصْمٍ ولا ظِنِّين ، قيل : وما الظِّنِّينُ ؟ قال : المتهم في دينه ».

وروى ابن ماجه في سننه (٢ / ٧٩٢) (١٣) كتاب « الأحكام » (٣٠) باب « من لا تجوز شهادته » حديث (٢٣٦٦) بإسناده عن النبي ﷺ قال : « لا تجوز شهادة خائن ، ولا محدود في الإسلام ، ولا ذِي غِمْرٍ على أخيه » وحديث ابن ماجه هذا حديث حسن كما ذكر الألباني في صحيح سنن ابن ماجه (٤٤/٢) .

(٢) قال الحموي : « قوله في كتاب الشهادات : (وقد تكون العداوة للتعصب للأهواء والمذاهب ؛ إذ المعتزلة وسائر المُبْتَدعة لا يكفرون ، وإنما تُقْبَل شهادتُهم وإن ضللناهم . وقال الشيخ أبو محمد : تُرَدُّ شهادةُ من يطعن في الصحابة ومن يَقْذف عائشة (رضي اللّه عنها) فإنها محصنة بنص الكتاب) .

قلت : ما ذكره الشيخ من كون المبتدعة لا يكفرون فهو على ما ذكره ، وأما قذف عائشة فأقول : إن من يقذفها يَكْفُرُ فضلًا عن قبول شهادته أو ردِّها ، على ما نقله الشيخ أبو محمد من حيث إنه [قال :] لما قذفها صار مكذِّبًا بما نزل به نصُّ الكتاب في براءتها ، وذلك يقضتي الكفر ، وهو إشكال ظاهر .

قلت : لا يخلو قاذفُ عائشة إما أن يكون قَذَفَها بخصوصية تلك الواقعة التي أنزل اللّه بسببها الآياتِ أو غيرها ، فإن كان بالمعنى الأول كَفَرَ بالاتفاق وإليه يشير أصحابُنا بنقلهم ، وإن كان بالمعنى الثاني لم يكفر ، لكونها غيرَ =

الاعتقادات ؛ فإن مَنْ يرى أنَّ الكبيرةَ الواحدةَ تُوجبُ الخلودَ في النار ، فقولُه أوثق .

السبب الرابع : التغافل .

فَرُبَّ عدلٍ مغفلٌ (1 كثيرُ السهو والغلط 1) وإن لم يكذب عمدًا ، وربما لا يَفْطِن لحقائق الأشياء ، ويَكْثُر سَبْقُه إلى الاعتقاد بالتوهُّم ، فَمِثْلُ هذا لا تُقْبل شهادتُه المرسلة إلا في أمر جَليٍّ يَسْتقصي الحاكم فيه ، ويُكْثِر فيه مراجعتَه حتى يتبيَّنَ تثبّتَه وأنه لا يَسْهو في مثله .

السبب الخامس : التَّعَيُّرُ [2] يردُّ الشهادةَ :

فالفاسقُ المُسْتَسِرُّ [3] بالفسق إذا رُدَّتْ شهادته ، ثم حَسُنَت حالتُه ، فأعاد تلك الشهادةَ بعينها : لم تُقْبل ، وتُقْبل سائرُ شهاداتِه ؛ إذِ المكذَّبُ تَنْبعث فيه داعيةٌ طبيعيةٌ لإثبات صِدْقِ نفسِه ، فيصير ذلك من أهم حظوظه .

والكافرُ والصبيُّ والعبد إذا رُدّت شهادتُهم ، ثم أعادوها بعد الأهلية قُبِلَ ؛ إذ لا عَارَ عليهم في الردّ . أما الفاسق المُعْلِن ، والعدوُّ ، والسيدُ – إذا شهد لمكاتبه – فَرُدّت شهادتهم ، فأعادوها[4] بعد

= معصومة ، لكنه يَفْسُقُ ويُحَدُّ حدَّ القذف ، ويحتمل أن يكفر ؛ لعموم الآية ، فإنها مُطْلَقَةٌ في ذلك الزمان وغيره ، وإذا كان كذلك كان ما ذكره الأصحاب محمولًا على خصوصية تلك الواقعة ، وما نُقِلَ عن الشيخ أبي محمد يحتمل أن يكون من خصوصية واقعة أخرى ، وعلى ذلك ينبني قبولُ الشهادة على ما تقدم ذكرُه .

فإن قيل : فالمفهوم من كلامه أنه من خصوصية تلك الواقعة من حيث أنه قال : ومن يقذف عائشة ، فإنها مُحْصَنَةٌ بنص الكتاب مبرأةٌ عن الفواحش ، وإذا كان كذلك لم يصح حملُه علي عين تلك الواقعة ؛ لكونه جعل ذلك النصَّ دليلًا على ما يفهم من خاصة تلك الواقعة .

قلت : وإن كان الأمر كذلك إلا أن ذلك لا ينفي احتمال أن تكون مبرأةً على الإطلاق في تلك الواقعة ، ومحتمل في غيرها لما تقدم ذكره ، وإذا كان كذلك اندفع الإشكال بكل حال » . إشكالات الوسيط (ق ١٩٠ / ب - ١٩١ / ب) .

(١) في (أ) : « كثير الغلط والسهو » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « التعيير » . والمقصودُ به أن يَدْفع مردودُ الشهادة عن نفسه عارَ الكذب بإعادة نفسِ الشهادة المردودة سابقًا تارة أخرى .

(٣) في (ب) : « المستتر » .

(٤) في (ب) : « ثم أعادوها » .

هذه الأعذار ، ففيه وجهان (١) :

أحدهما : لا تُرَد ؛ لأنّ أسباب الردِّ ظاهرةٌ ؛ فلا يتعيَّرون بها كالصبي والعبد .

والثاني : أنه تُرَدّ ؛ لأنهم اتُّهِمُوا ، والمتَّهَمُ يتعيَّر ، فيَدْفع العارَ بالإعادة .

السبب السادس : الحرص على الشهادة بأدائها قبل الاستشهاد :

وذلك مردودٌ إن كان قبل الدعوى . وإن كان بعد الدعوى وقبل الاستشهاد ، ففي القبول وجهان . وإن لم تُقْبل ، فهل يصير به مجروحًا ؟ فيه وجهان (٢) .

وهذا فيما لا تجوز فيه شهادة الحسبة ، أَمَّا مالله تعالى فيه حقٌّ ، كالطلاق والعتاق وتحريم الرضاع والعفو عن القصاص (٣ فيثبت بشهادة الحسبة ٣) من غير تَقَدُّمِ دعوى . وترددوا في الوقف والنسب وشراءِ الأب .

أما « الوقفُ » فالصحيح أنه لا يثبت إلا بالدعوى إذا كان له مستحق معينٌ ، فأما على المساجد والجهات العامة فيثبت . وأما شراء القريب الذي يُعْتق عليه ، فيُشْبه الخلعَ من وجه . والطلاقُ البائن يثبت بالشهادة على الخلع . وفي شراء القريب وجهان :

أحدهما : يثبت كالخلع . وقال القاضي : لا يثبت دون الدعوى ؛ لأن العوض مقصودٌ في

---

(١) الفاسق لا تقبل شهادته المعادة ، وكذلك العدوّ لا تقبل شهادته بعد زوال عداوته على الأصح . انظر الروضة (١١/ ٢٤١ ، ٢٤٢) .

(٢) قال في الروضة (١١ / ٢٤٢ ، ٢٤٣) : « اعلم أن الحقوق ضربان :

ضرب لا تجوز المبادرة إلى الشهادة عليه ، وضربٌ يجوز . وتُسَمى الشهادةُ على هذا الثاني – على وجه المبادرة – شهادةَ حسبةٍ . فحيث لا تجوز [المبادرة بالشهادة] فالمبادِرُ مُتَّهَمٌ ؛ فلا تُقبل شهادتُه . والمبادرة أن يَشْهد من غير تَقَدُّم دعوى . فإن شهد بعد دعوى قبل أن يُستشهد رُدَّت شهادته أيضًا على الأصح ؛ للتهمة . وإذا رددناها ، ففي مصيره مجروحًا وجهان . الأصح : لا .

الضرب الثاني : ما تقبل فيه شهادة الحسبة ، وهو ما تمحَّضَ حقا لله تعالى ، أو كان له فيه حق متأكد لا يتأثر برضى الآدميّ » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فتثبت فيه شهادة الحسبة » .

الشراء ، وإثباتُه دون العوض محالٌ [1] وبيع العوض محال [1] إذ لا مُدّعي له . وأما النسب فقال القاضي : لا يَثْبت دون الدعوى . وقال الصيدلاني : مَنْ أَتَتْ بولدٍ ، وادّعى الزوجُ أنه لدونِ ستةِ أشهرٍ ، قُبِلَت البينة على أنه لِستة أشهرٍ وإن سَكَتت المرأة . وهذا يدلّ على القبول من غير دعوى ، فقد تحصلنا فيه على تردد من حيث إن النسب مُتعلِّق بكثير من حقوق الله تعالى كالطلاق .

ولا خلاف في أنّ من اختفى في زاوية لتحمُّلِ شهادةٍ ، فلا يُحْمل ذلك على حرصه على الشهادة ولا تُرَد ؛ لأن الحاجة قد تَمَسُّ إلى ذلك للأقارير [2] . وقال مالك (رحمه الله) : هذه الشهادة مردودةٌ [3] . وقيل : إنه قولٌ للشافعي ضعيفٌ [4] .

---

(١) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٢) الأقارير : جمع إقرار .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن من اختفى في زاوية أو غيرها ؛ ليتحمل شهادةً ، فشهادتُه مقبولة ، وهو مذهب الحنفية والحنابلة ، وذلك بشرط حصول العلم واليقين بالمشهود عليه .

وفي مذهب المالكية : أنه لا ينبغي لأحد دُعيَ إلى الاستتار للشهادة أن يجيب إليه إلا أن يَضطر ، فإن ابْتُلي بذلك فلا يشهد حتى يَستوفي آخرَ الكلام من المقرّ وأولَه ، ويشهد للذي دعاه وعليه . فإن كان المقرُّ ضعيفًا أو مختدعًا ، أو مُرَوَّعًا ، لم تُقْبل شهادتهم عليه . وإن لم يكن كذلك ، ثبت عليه الحقّ ؛ لأن من الناس من يُقرُّ في الخلاء ولا يُقرُّ في الملأ . ومَنْ عُرِفَ ذلك منه جاز أن يُسْتتر له ؛ ليُعْلم إقراره . انظر : الهداية (٣/١٣٣) . فتح القدير (٧/٣٨٣، ٣٨٤) . رد المحتار (٧/٨٦) . الكافي ص (٤٦٤) ، (٤٧٥، ٤٧٦) . الشرح الكبير (٤/١٧٥) . الشرح الصغير (٤/٢٤٩، ٢٥٠) . معرفة السنن (١٤/٣٤٥) . الروضة (١١/٢٤٣) . المقنع ص (٣٤٥) . المبدع (١٠/٢٠٥، ٢٠٦) . المغني (٩/٢١٧) .

(٤) قال الحموي : « قوله أيضًا : (ولا خلاف في أن من اختفى في زاوية لتحمُّلِ شهادة ، فلا تحمل على حرصه على الشهادة ولا ترد ، وقال مالك : الشهادة مردودة ، وقيل : إنه قول للشافعي وهو ضعيف) . قلت : قوله : (لا خلاف) لا يخلو إما أن يريد بين الأئمة أو عند الشافعي] ، فإن أراد به الأول فمذهبم مالك مخالفُه ، وإن أراد به الثاني فقد نقل فيه خلافًا وضعَّفه ، ولا شك بأن القول إذا كان ضعيفًا لا ينتفي الخلافُ فيه ، فإن ما من خلافٍ في الغالب مذكورٍ إلا وأحدُ جانبيه ضعيف والآخر قوي في الغالب ، وإذا كان كذلك كان مخالفًا لما ذكره أولًا .

قلت : مراد الشيخ بقوله : (لا خلاف) متحققٌ نقلُه عن الشافعي دون ضعف الدليل ، وإذا كان كذلك اندفع الإشكال بكل حال » . إشكالات الوسيط (ق ١٩١ / ب ، ١٩٢ / أ) .

هذه مجامع ما تُرَدُّ به الشهادة ، أما شهادة القرويّ على البدويّ ، والبدويّ على القروي فمقبولةٌ خلافًا لمالك (رحمه الله) [(١)] .

وشهادةُ المحدودِ في القذف إذا تاب مقبولةٌ خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [(٢)] . وشهادة

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن شهادة البدويّ للقرويّ ، والعكس ، مقبولة . في الأموال وشبهها مما يمكن الإشهاد عليه في الحضر - وهو مذهب الحنفية والحنابلة قالوا : لأن قبلت شهادته على أهل البدو قُبلت على أهل القرى .

ومذهب المالكية : أنه لا تقبل شهادة بدوي - يشهد في الحضر - لحضريٍّ على حضري بدَيْنٍ ، أو بيع ، أو شراء ، أو هبة ، أو نحو ذلك مما يُشتبعد حضورُ البدويّ فيه دون الحضريّ ، أما إن سمع البدويُّ حضريًّا يُقِرُّ بشيء لحضريّ ، أو رآه يفعل بحضريٍّ شيئًا من غصب أو ضرب أو إتلاف مال ، أو رآه يشرب الخمر أو نحو ذلك مما لا يُقصد الإشهاد به عليه ، فيجوز وتُقْبل شهادتُه ، كما يجوز فيما يقع بالبادية من ذلك كله على حضريّ ، وبدويّ وغير ذلك مما لا يُشتبعد فيه حضورُ البدوي له وشهودُه إياه . انظر : الكافي ص (٤٦٤) . القوانين الفقهية ص (٣١٣،٣١٤) . الخرشي على مختصر خليل (٧/١٨٨) . الشرح الصغير (٤/٢٥٠) . الشرح الكبير (٤/١٧٥) . أسهل المدارك (٣/٢١٤) . الأم (٦/٢٠٩) . مختصر المزني ص (٣١١) . حلية العلماء (٨/٢٥٣) . رحمة الأمة (٣٢٦) . المقنع ص (٣٤٨) . المبدع (١٠/ ٢٤٠ ، ٢٤١) . كشاف القناع (٦/ ٤٢٧) . المغني (٩/ ١٦٧) .

(٢) القاذف إذا كان زوجًا ، فَحَقَّقَ قذفه ببينة أو لعان ، أو كان أجنبيًّا فحققه بالبينة ، أو بإقرار المقذوف ، لم يتعلق بقذفه فسق ولا حَدّ ولا ردُّ شهادة ، وإن لم يحقق قذفه بشيء من هذا ، تعلّق به وجوبُ الحدّ عليه ، والحكمُ بفسقه وردّ شهادته .

فإن تاب - قبل إقامة الحدّ عليه - لم يسقط الحدُّ ، وزال الفسق بلا خلاف ، فإذا شهد قبلت شهادته . فإذا أُقيم عليه الحد ولم يتب ، فلا تقبل شهادته بلا خلاف .

أما إذا أُقيم عليه الحدُّ ، ثم تاب ، فاختلفوا في قبول شهادته . فمذهب المالكية والشافعية والحنابلة قبول شهادته ، وقال بعض أصحاب مالك : لا تقبل شهادته بعد ذلك في قذف . ومذهب أبي حنيفة : أنه لا تقبل شهادته بعد إقامة الحدّ عليه ؛ وذلك لالتصاق اسم الفسق به أبدًا .

انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٦٦) . تحفة الفقهاء (٣/٣٢٦) . المبسوط (٩/٧٠) ، (١٦/١٣٣ ، ١٢٥) . تبيين الحقائق (٣/ ١٩١) مع حاشية الشلبي . فتح القدير (٧/ ٤٠٠ ، ٤٠١) . رد المحتار (٥/ ٤٧٧) ، (٧/ ٦٣) . الكافي ص (٤٦٣ ، ٤٦٤) . بداية المجتهد (٢/ ٥٦٨) . الشرح الصغير (٤/ ٢٤٧) . الشرح الكبير (٤/ ١٧٣) . أسهل المدارك (٣/ ٢١٤) . مختصر المزني ص (٣٠٤) . معرفة السنن (١٤/ ٢٦٤ ، ٢٦٥) . حلية العلماء (٨/ ٢٣٥) . المبدع (١٠/ ٢٣٤ ، ٢٣٥) . كشاف القناع (٦/ ٤١٩ ، ٤٢٠) . المغني (٩/ ١٩٧) .

الفاسق الذي لا يَكْذب ويُوثق بقوله ، لا تُقْبل عندنا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) ؛ لأن من لا يخاف الله تعالى إنما يَصْدق لغرضٍ ، وإذا تغير غرضُه لم يُبَالِ بالكذب [1] .

خاتمة بذكر قاعدتين :

إحداهما : أنّ هذه الأسبابَ إذا زالت ، قُبِلَت الشهادةُ . ولا يَطول النظر في زوالِ الصِّبَي والرقِّ وأمثاله ، وإنما يَطول في زوال الفسق والعداوةِ ؛ فإن التوبة مما يَخْفى ، ولا يَكْفي قَوْلُ الفاسق : تُبْتُ ، بل لا بد من الاستبراء مدةً حتى يَظْهر بقرائن الأحوال / صلاحُ سريرته . وقَدَّر ٢٩٦/ب بعضُهم بسنة ؛ لِتنقضِيَ الفصولُ ، فإنّ العزائم تتغيَّر فيه ، وقيل : ستة أشهر . والكُلُّ تحكُّمٌ ، بل يختلف ذلك بالأحوال والأشخاصِ ، والمطلوبُ غَلَبَةُ الظَنِّ .

أما القاذفُ ، فتوبتُه في إكذابه نَفْسَه ، كذلك قال الشافعي (رضي الله عنه) [2] ، وهو مُشْكِلٌ ؛ لأنه ربما كان صادقًا ، فالمعْنِيُّ به تكذيبُه نفسَه في قوله : أنا مُحِقٌ بالإظهار والمجاهرة دون الحجة ، فيكفي أن يقول : تُبْتُ ولا أعود ، وهل يكفي مجردُ ذلك دون الاستبراء إذا لم يَظْهر منه فسقٌ آخر ؟ فيه نصوصٌ مضطربة [3] . والحاصلُ : أنه إنْ أَقَرَّ على نفسه بالكذب فيُسْتبرأ ؛ لأنّ هذا الكذبَ كبيرةٌ . وإنْ لم يُقِرَّ ، وجاء شاهدًا ، وما تمت الشهادة ، فقولان . وإن جاء قاذفًا ، فقولان مرتبان وأوْلى بأنْ يُسْتبرأ . والصوابُ أن نقول : إن عَلِمَ أنَّ ذِكْرَ ذلك حرامٌ ، فهو فاسق ؛ فَيُستبرأ ، وإنْ ظَنَّ أنّ هذا القذفَ مباحٌ ، فلا حاجة إلى الاستبراء . ويكفي قوله : تُبْتُ . فإنْ أقام الحجة على صِدْق نفسه ، ففي بقاء عدالته وجهان :

أحدهما : أنه [4] تقبل شهادته ؛ إذ ظهر صِدْقُه [5] .

---

(١) هذا مرويٌّ عن أبي يوسف (رحمه الله) قال : إن الفاسق - إذا كان وجيهًا في الناس وكان ذا مروءة - تقبل شهادته ؛ لأنه يُسْتبعد استئجاره ؛ لوجاهته ، ويمتنع عن الكذب لمروءته . انظر شرح فتح القدير (٣٧٥/٧)

(٢) انظر مختصر المزني ص (٣٠٤) .

(٣) يعني نصوصًا مضطربة عن الإمام الشافعي (رحمه الله) .

(٤) في الأصل : « أن » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) وهذا الوجه هو الصحيح ؛ لأن صدقه قد تحقق بالبينة . انظر الروضة (١١ / ٢٤٩) .

والثاني : لا ؛ (١ إذ لاتمكن له ١) أن يقذف ، ثم يُثْبِت إلا أن يجيء مجيء الشهود .

القاعدة الثانية : أن القاضي إذا غلط ، فقضى بشهادة هؤلاء ، ثُمّ عَرَفَ بعد القضاء ، فينقض القضاءَ إنْ ظهر كونُ الشاهدِ عبدًا ، أو صبيًّا ، أو كافرًا . وإن ظهر كونُه فاسقًا فقولان :

أقيسهما : أنه ينقض ؛ إذ قال الشافعيُّ (رضي الله تعالى عنه) : شهادةُ العبد أَقْرَبُ من شهادة الفاسق ؛ إذ نصُّ القرآن يدلُّ على ردِّ الفاسق ، حيث قال : ﴿ إِن جَآءَكُمۡ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ ... ﴾ (٢) وقولُه : ﴿ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾ (٣) .

والثاني : أنه لا ينقض ؛ لأنه أَهْلٌ على الجملة وربما صَدَق . وهذا ضعيف على مذهب الشافعي (رضي الله عنه) ؛ ولهذا قطع بعضُ الأصحاب بالنقض ، وَرَدَّ تَرَدُّدَ القولِ إلى ما إذا فسق بعد القضاء واحتمل الاستناد وأَوَّلَ عليه نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) .

* * *

---

(١) في (ب) : « إذ لم يكن له » .

(٢) من الآية (٦) من سورة (الحجرات) .

(٣) من الآية (٢٨٢) من سورة (البقرة) .

الباب الثاني
في العدد والذكورة (١)

والعددُ مشروطٌ في كل شهادةٍ ؛ فلا يثبت بشهادةٍ واحدٍ إلا رؤيةُ الهلال لرمضان على رأيٍ إذ يُسْلك به مَسْلَكَ الأخبار ؛ لتعلُّقه بالعبادات ، أما هلالُ شوال فلا يثبت إلا باثنين .

ثم الشهادات في العدد على مراتب :

المرتبة الولى : الزنا . ولا يثبت إلا بشهادة أربعة رجالٍ ؛ لقوله تعالى : ﴿ لَّوْلَا جَآءُو عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ ﴾ (٢) . ويقول كلُّ واحدٍ : رأيتُه يُدْخِل فَرْجَه في فرجها كالمِرْوَدِ في المُكْحُلَة (٣) ؛ فإنَّ الشاهدَ الرابع على زنا المغيرة لما قال بين يَدِيْ عمر : رأيتُ نَفسًا يَعْلو ، واسْتًا ينبو ، ورأيتُهما يضطربانِ تحت لحافٍ ، ورِجْلاها على عاتقه ، كأنهما أُذُنَا حمارٍ ، فقال عمر : الله أكبر ، وجَلَد سائرَ الشهود ، ولم يَكْتَفِ بهذا (٤) .

وهل يُشْترط على الإقرار بالزنا أربعةٌ ؟ فيه قولان (٥) . واللواطُ إن قلنا : إنه كالزنا ، أو يُوجِبُ القتلَ ، فهو كالزنا . وإن لم يوجِبْ إلا التعزيرَ ، فهل يُشْترط فيه أربعة ؟ فيه قولان (٦) . وهل يجوز للشاهد النَّظَرُ (٧ إلى الفرج أو إلى العورات لِتَحَمُّلِ الشهادة ؟ ٧) فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : نعم ؛ لأنَّ الشهادةَ أمانةٌ (٨) .

والثاني : لا ؛ لكنْ إنْ وقَعَ البصرُ تحمَّلَ الشهادةَ ، وإلا فلا .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « والذكورية » .

(٢) من الآية (١٣) من سورة (النور) .

(٣) وهذا التشبيه زيادةُ بيانٍ وليس بشرط . انظر الروضة (١١ / ٢٣٥) .

(٤) يعني لم يَكتفِ عمرُ بن الخطاب (رضي الله عنه) بهذا الكلام ؛ إذ لم يكنْ فيه تصريحٌ واضح تمامًا بالزنا . وهذه القصةُ أوردها عبد الرزاق في مصنفه (٨ / ٣٦٢) . والبيهقي في معرفة السنن والآثار (١٤ / ٢٥٢) .

(٥) والأظهر قبول إقراره بشاهدين فقط . انظر الروضة (١١ / ٢٥٢) . والمنهاج ص (١٥٣) .

(٦) والمذهب أنه لا يَثْبت اللواطُ وإتيان البهيمة إلا بأربعة . انظر الروضة (١١ / ٢٥٢) .

(٧) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(٨) وهذا الوجه هو الأصح المنصوص . انظر الروضة (١١ / ٢٥٣) .

والثالث : لا يجوز لأجلِ الزنا ؛ فإنَّ الحدود [مبنيةٌ] (١) على الدفع ، أما لعيوبِ النساءِ وغير ذلك من الأحكام يجوز .

فرع : لا تُمْنع الشهادةُ بتقادُمِ العهد في الزنا (٢) ، ولا بأنْ يشهد أربعةٌ في أربعة مجالس خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) في المسألتين (٣) ، فإنه قال : إذا انفرد واحدٌ في مجلس : حُدَّ ، ولا ينفعه مَنْ يَشْهد (٤) في مجلس آخر .

المرتبة الثانية : النكاح والرجعة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ (٥) ولقوله ﷺ : « لا نِكاحَ إلا بِوَليٍّ وشهودٍ » (٦) ألحقَ الشافعيُّ (رضي الله عنه) به كلَّ ما ليس بمالٍ

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن من أقيمت عليه البينة بزنا ، أقيم عليه حدُّه ، سواء كان هذا الزنا من قديم أم لم يَمْضِ عليه وقتٌ كبير ، وهو مذهب المالكية والحنابلة .

ومذهب الحنفية : أنّ من أقيمت عليه البينة بزنا قديم لم يقم عليه الحدُّ ما لم يَمْنع الشهودَ - عن الشهادة - بُعْدُهم عن موطن الإمام . وقد روي عن أبي يوسف ومحمد أن حدَّ التقادُمِ شهرٌ ، وأما أبو حنيفة (رحمه الله) فلم يُقَدِّرْه بشيء وفوَّضه إلى رأي الإمام . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٦٤) . المبسوط (٩ / ٦٩) . الهداية (٢ / ٣٩٣) . تبيين الحقائق (٣ / ١٨٧ ، ١٨٨) . شرح فتح القدير (٥ / ٢٧٨ - ٢٨٠) . رد المحتار (٤ / ٣٢ ، ٣٣) . ملتقى الأبحر (١ / ٣٣٦) . كشاف القناع (٦ / ١٠٣) . المغني (٨ / ٢٠٧) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه لا يُشْترط - في شهادة الزنا - إقامَتُها في مجلس واحد ، بل إذا جاءوا متفرقين في مجالس مختلفة ، قُبِلَتْ شهادتهم وأُقيم الحدُّ على المشهود عليه .

ومذهب الحنفية : أن مَنْ شهد عليه أربعةٌ بالزنا ، إذا جاءوا متفرقين حُدُّوا جميعا حدّ القذف ، وإنما تقبل شهادتهم مجتمعين ، أو إذا جاءوا إلى الحاكم في مجلس واحد قبل قيامه منه وإن تفرقوا في المجيء . وهو مذهب المالكية . انظر في هذه المسألة : مختصر الطحاوي ص(٢٦٧) . المبسوط(٩/٩٠) . الاختيار لتعليل المختار(٤/٨٠، ٨١) . اللباب في شرح الكتاب(٣/١٨١) . الخرشي على مختصر خليل(٧/١٩٨، ١٩٩) . الشرح الصغير(٤/٦٥) . أسهل المدارك(٣/١٦٩) . مختصر المزني(٢١٦) . رحمة الأمة ص(٢٧٤) . المقنع ص(٢٩٨) . المبدع(٩/٧٦-٧٨) . كشاف القناع(٦/١٠٠) . المغني(٨/٢٠٠) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « شهد » .

(٥) من الآية (٢) من سورة (الطلاق) .

(٦) سبق تخريجه في كتاب « النكاح » .

كالقصاص والعتق والاستيلاد ، والكتابة ، والوصايا ، والوكالة ، والعفو عن القصاص ، والجرح والتعديل ، والترجمة في مجلس القضاء ، وإثبات الرِّدة والإسلامِ والنسب ، والبلوغ ، والولاء ، والعِدَّة ، والموتِ . ولا يُنْظر إلى رجوع الوكالة والوصايا إلى مال ؛ لأنها في نفسها سلطنةٌ وولايةٌ وليس بمالٍ . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : ينعقد النكاحُ بشهادة رجلٍ وامرأتين [1] ، وخَصَّص اعتبارَ الذكورة بالعقوبات .

المرتبة الثالثة : الأموال وحقوقُها وأسبابُها . تثبت بشهادة رجلٍ وامرأتين ؛ بدليل آية المداينة [2] . ويدخل فيه الشركةُ والإجارة ، وإتلافُ الأموال ، وعقود الضمان ، والقتلُ خطأً ، وكلُّ جراحةٍ لا توجب إلا المالَ ، وحقُّ الخيار /والشفعة ، وفسخُ العقود ، وقبض نجوم الكتابة إلا ٢٩٧/أ
النَّجم الأخير ، فيتعلَّق به العتقُ ، ففيه وجهان . ويثبت المالُ في السرقة بشاهدٍ وامرأتين دون القطع . والصحيحُ : أن الأجل من حقوق المال ، وقيل : إنه نوعُ سلطنةٍ ، فيضاهي الوكالة .

ثم ليُعْلَمْ أنَّ النكاح إنْ لم يثبت برجلٍ وامرأتين يثبت في حقِّ المهر ، وكذا الوكالة تثبت في حق البيع ، وتثبت الوصيةُ وإن لم تثبت الوصاية .

فرع : لو قال لزوجته : إن غصبتِ فأنتِ طالق ، أو إنْ وَلَدْتِ [3] . فثبتَ الغصبُ أو الولادةُ بشهادة النسوة : وَجَبَ المالُ ، ولحق النسبُ ، ولم يقع الطلاقُ المعلَّق بهما . وكذا لو علَّق برؤية الهلال وشهد واحدٌ . ولو شهد أولًا على غَصْبِها رجلٌ وامرأتان ، فقضى القاضي بالضمان فقال : إن [كنتِ] [4] غُصبتِ فأنت طالق ، قال ابن سريج : إنه يقع ، بخلاف ما إذا تقدَّم التعليقُ [5] . وفيه وجهٌ آخر : أنه لا يقع .

المرتبة الرابعة : ما لا يَطَّلِعُ عليه الرجالُ غالبًا . ويثبت برجلٍ وامرأتين ، وبأربعِ نسوةٍ ،

---

(١) سبق تفصيل هذه المسألة في كتاب « النكاح » .

(٢) وهي الآية رقم (٢٨٢) من سورة (البقرة) وأولها ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بِدَيْنٍ إلى أجلٍ مُسَمًّى فاكتبوه ولْيَكْتُبْ بينكم كاتبٌ بالعدل ... ﴾ الآية .

(٣) يعني : فأنت طالق ، وحَذَف جواب الشرط لكونه معلومًا مما سبق ذكره في الجملة الأولى .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « تعليق » .

كالولادة والبكارة ، وعيوب النساء ، والرضاع ، وما يخفى عن الرجال غالبًا . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : تثبت الولادة بشهادة القابلة وحدها عند قيام الفراش [١] أو ظهور مَخايل الحمل بعد الطلاق [٢] .

فإنْ قيل : فهل يتعلّق بشاهدٍ واحدٍ حكمٌ ؟ قلنا : من أقام شاهدين على مالٍ ، فخاف فواته ، فله التماسُ الحيلولة قبل التزكية [٣] . ويجب ذلك على القاضي في الأمة إذا أقامت شاهدين على الحرية [٤] ، ويجب في العبد إن طلب العبد [٥] ، والعبدُ يُنْفق من كَسْبه في مدة الحيلولة ، وإن لم يكن فمِنْ بيت المال ثم يرجع إلى السيد [٦] إن لم يَثْبت العتق [٧] . وكذا لو أقام شاهدين على

---

(١) في (ب) : « القرائن » .

(٢) **مذهب الشافعية** : أنَّ ما لا يطلع عليه الرجال غالبًا ، تثبت الشهادة فيه بشهادة رجل وامرأتين ، أو بشهادة أربع نسوة ، وذلك كالولادة ، والبكارة ، وعيوب النساء . ولا يقبل في ذلك أقلُّ من أربعٍ يَشْهدن .

ومذهب الحنفية : أن ما لا يطلع عليه الرجال – كالمواضع السابقة – يثبت بشهادة امرأة واحدة من العدول . وهو مذهب الحنابلة أيضًا ، واشترط الإمام مالك في ذلك شهادة اثنتين . انظر : المبسوط (١٦ / ١٤٢) . الاختيار (٢ / ١٤٠) . رءوس المسائل ص (٥٢٩) . فتح القدير (٧ / ٣٧٢) . رد المحتار (٧ / ٧٤ ، ٧٥) . الكافي ص (٤٦٩) . القوانين الفقهية ص (٣١٤ ، ٣١٥) . الخرشي على مختصر خليل (٧ / ٢٠٢) . الشرح الصغير (٤ / ٢٧١ ، ٢٧٢) . بداية المجتهد (٢ / ٥٧١) . مختصر المزني (٣٠٤) . معرفة السنن (١٤ / ٢٦٠) . حلية العلماء (٨ ٢٧٨) . رحمة الأمة (٣٢٢) . المبدع (١٠ / ٢٦٠ ، ٢٦١) . كشاف القناع (٦ / ٤٣٦) . المغني (٩ / ١٥٥) .

(٣) يعني أنّ للمدَّعِي أن يطلبَ الحيلولة بين المدَّعَى عليه وبين المالِ أو العينِ التي أقام المدّعي الدعوى عليها ، وذلك إذا خاف المدعي تَلَفَ هذا المالِ أو نَقْلَ العينِ .

(٤) يعني يجب على القاضي أن يحول بينها وبين سيدها ؛ احتياطًا للبضع حتى يقضي في دعواها .

(٥) والأصح أنه لا تتوقف الحيلولةُ مع طلب العبد ، بل إن رأى القاضي الحيلولة بينه وبين سيده : فعل . انظر الروضة (١١ / ٢٥٧) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « على السيد » .

(٧) أي يجب أيضًا على القاضي أن يحول بين هذا العبد – الذي أقام شاهدين على أن سيده قد أعتقه – وبين سيده حتى يحكم في دعواه ، ويؤجره القاضي ويُنفق عليه من كسْبه ، فإن لم يكن ، فينفق عليه من بيت المال . فإن بَانَ جرحُ الشهود : رُدّ إلى سيده واستمرَّ رِقُّه . انظر روضة الطالبين (١١ / ٢٥٧) .

زوجيةِ امرأةٍ ، منعْنَا المرأةَ عن الانتشار قبل التزكية . وفي العقار ، هل يُجَاب إلى الحيلولة مع أنه لا خَوْفَ ؟ فيه خلافٌ .

في هذه المسائل ، الشاهدُ الواحد ، هل يُنَزَّل في اقتضاء الحيلولة منزلةَ الشاهدين ؟ فيه قولان :

أحدهما : نعم ؛ لأنّ تمامَه متوقَّعٌ كالتعديل .

والثاني : لا ؛ لأنّ الواحدَ ليس بحجة ، والتعديلُ يُبَيِّنُ أن ما أقامَه من قبلُ كان حجةً (١) .

فإنْ قلنا : يؤثر في الحيلولة ، فقد ظهر له فائدةٌ على الجملة .

ولو جرى في دَيْنٍ ، فهل للمدعي أن يَلْتمس الحجْرَ خوفًا من أن يَبيع مالَه ؟ فيه طريقان ، منهم مَنْ طرد القولين ، ومنهم من قطع بالمنع ، لأنّ ضررَ الحجْرِ عظيمٌ . وقال القاضي : إن كان الخصم معروفًا بالحيلة وخاف القاضي حيلتَه : حَجَرَ عليه .

* * *

---

(١) والأظهر أنه لا يُنَزل الشاهدُ الواحد منزلةَ الشاهدين ؛ فلا يُجَاب صاحبُ هذه الدعوى إلى الحيلولة . انظر : الروضة (١١ / ٢٥٧) . الغاية القصوى (٢ / ١٠٢٢) .

الباب الثالث

في مستند علم الشاهد ، وتحمُّله ، وأدائه

(وفيه فصلان)

الفصل الأول في مستنده

والأصلُ فيه اليقينُ ؛ قال الله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ ﴾ (١) وقال رجلٌ لرسول الله ﷺ : « بِمَ أَشْهد ؟ فقال : أرأيتَ الشمسَ طالعةً ؟ فقال : نعم ، فقال : عَلَى مِثْلِ هذا فَاشْهَدْ ، وإلا فاسْكُتْ » (٢) . هذا هو الأصل ، لكنَّا قد نُلْحِق الظنَّ به للحاجة (٣) ؛ فنقول :

المشهودُ عليه ينقسم إلى : ما يحتاج إلى البصر دون السمع ، وإلى ما يحتاج إلى السمع دون البصر ، وإلي ما يحتاج إليهما .

الأول : ما يحتاج إلى البصر دون السمع . وهو الأفعال (٤) ؛ إذ البَصَرُ يُدْرِك الفعلَ والفاعلَ جميعًا .

القسم الثاني : ما يحتاج إليهما . وهو الأقوال ؛ إذ الأقوالُ تُدْرَك بالسمع ، والقائلُ لا

---

(١) من الآية (٣٦) من سورة (الإسراء) .

(٢) حديث ضعيف : رواه العقيلي (٤/٧٠) والحاكم في المستدرك (٤/٩٨،٩٩) . وابن عدي في الكامل (٦ / ٢١٧) . والبيهقي في السنن الكبرى (١٠ / ١٥٦) من حديث طاوس عن ابن عباس ، وصححه الحاكم ، فأخطأ كما قال الحافظ ابن حجر ، ففي إسناده محمد بن سليمان بن مَشمُول وهو ضعيف وقال فيه البخاري : منكر . وقال البيهقي : لم يُرْوَ من وجه يعتمد عليه . انظر : الضعفاء الصغير ص (٢٠٨) . التاريخ الكبير للبخاري (١ / ٩٧) . ميزان الاعتدال للذهبي (٣ / ٥٦٩) . لسان الميزان لابن حجر (٥ / ١٨٥) . تمييز الطيب من الخبيث ص (١٧٨) .

(٣) يعني أن من الحقوق التي تجب فيها الشهادة ، ما لا يحصل فيها اليقينُ ، فأقيم الظنُّ المؤكّد فيه مقام اليقين ؛ لئلا يؤدي ذلك إلى ضياع الحقوق .

(٤) وذلك كالغصب والإتلاف والزنا ، وشرب الخمر ، والولادة والرضاع ، فلا يجوز بناء الشهادة فيها على السماع من الغير ، وتقبل فيها شهادة الأصمّ . انظر الروضة (١١ / ٢٥٩) .

يتعين إلا بالبصر (١) . وليس للأعمى أن يعتمد الأصواتَ ؛ فإنها تتشابه (٢) بالتلبيس . وقال مالكٌ (رحمه الله) : له ذلك ؛ إذ يَحِلُّ له وَطْءُ زوجتِه ، فإذا سمع إقرارَها في حالة الوطء ، كيف لا يشهد عليها ؟! (٣) . فنقول : في غيره من الشُّهود غُنْيَةٌ : أما حِلُّ الوطء والمعاملات فَتُبْنى على الحاجات .

وقد اختلفَ الأصحاب في سبع :

الأولى : إذا تعلّق الأعمى بشخصٍ فصاح في أُذنه بالإقرار ، فَجَرَّه إلى القاضي مُتعلّقًا به وشهد ، ففيه وجهان :

أصحهما : القبولُ ؛ للثقة (٤) .

والثاني : لا ؛ لأن فَتْحَ هذا الباب عسيرٌ ، ودرجاتُ التعلُّقِ والملازمةِ تختلف ولا تنضبط .

الثانية : في رواية الأعمى خلافٌ ؛ لأنه يَعْجِزِ عن تمييز المرْوِيِّ عنه ولكن قال بعضهم :

---

(١) ومن ثَمَّ ، فلابُدَّ من سماع هذه الأقوال مع مشاهدة قائلها ، وذلك في مثل النكاح ، والطلاق ، والبيع ، وجميع العقود ، والفسوخ ، والإقرار بها .

(٢) في (ب) : « متشابهة » .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه لا تُقبل شهادة الأعمى فيما سمعه ؛ لأن الأصوات تتشابه ، ويختلط بعضُها ببعض ، ويدخل فيها التلبيسُ . لكن ما تحمّله الأعمى - قبل عماه - تُقْبل شهادته فيه وإنْ أداها بعد العمى .

ومذهب أبي حنيفة : ومحمد : أنه لا تُقبل شهادة الأعمى مطلقًا، سواءٌ ما سمعه ورواه قبل العمى أو ما سمعه بعده . وخالفهما أبو يوسف فيما تحمّله قبل عماه وأداه بعده .

ومذهب المالكية : أنه تقبل شهادة الأعمى فيما تَيَقَّنَه من الأصوات ، وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : مختصر المزني ص (٣٠٤) . حلية العلماء (٨ / ٢٩١ ، ٢٩٢) . مختصر الطحاوي ص (٣٣٢) . المبسوط (١٢٩/١٦) . فتح القدير (٣٩٧/٧) . حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (١٩١/٣) . رد المحتار (٩٣/٧) . الكافي ص (٤٦٤) . القوانين الفقهية (٣١٤) . الخرشي على مختصر خليل (٧ / ١٧٩) الشرح الصغير (٢٤٢/٤ ، ٢٤٣) . أسهل المدارك (٣ / ٢١٦) . المبدع (١٠ / ٢٣٧) . دليل الطالب ص (٢٨٤) . كشاف القناع (٦ / ٤٢٦) .

(٤) وهذا الوجه هو الصحيح كما قاله الغزالي (رحمه الله) . وانظر الروضة (١١ / ٢٦٠) .

يجوز [١] ؛ وكان الصحابة يسمعون من عائشة (رضي الله تعالى عنها) من وراء السِّتْرِ ، فَهُمْ في حقّها كالعميان . أما ما سَمِعه قبل العمى ، فيروي ، بل ما تحمَّل من الشهادة قبل العمى – على معروفِ النسب – تُقْبل فيه شهادته .

والقاضي إذا سمع بينةً ، ولم يَبْقَ إلا الحكمُ ، فانعزل بالعَمَى ، ففي ذلك الحكمِ وجهان من حيث إن العزل يبعد أن يتجزأ [٢] .

الثالثة : في المترجِم الأعمى وجهان [٣] :

أحدهما : أنه [٤] يجوز ؛ لأنّ القاضي يُشَاهِد المترجَم كلامُه .

والثاني : لا ؛ حسْمًا للباب .

الرابعة : في انعقاد النكاح بحضور الأَعْمَيَيْنِ / وجهان ؛ لأنه ليس فيه إثباتٌ ، ولكن المقصود الإثباتُ . ٢٩٧/ب

الخامسة : إذا تحمّل البصيرُ شهادةً على شخص ، فمات ولم يكن معروفًا بالنسب [٥] ، فلابُدّ وأن يُحْضَر ميتًا حتى يَشْهد على عينه بمشاهدة صورتِه . فإنْ كان قد دُفِنَ ، لم يُنْبَشْ قَبْرُه إلا إذا عَظُمَتِ الواقعة واشتدت الحاجةُ ولم يَطُلِ العهدُ بحيث تتغيَّر الصورةُ .

فإن كان يَعْرفه باسمه واسمِ أبيه دون جدّه ، فَلْيقتصرْ عليه في الشهادة . وإن عرف القاضي بذلك جازَ . وإن افتقر إلى اسم الجدّ ، فليس له أن يسأل عن اسم جدّه ويذكره ، وحُكِي أنَّ القفال وَرَدَ عليه كتابٌ من قاضٍ ليزَوِّجَ فلانةً من خاطبها أحمد بن عبد الله ، وكان جَارَ القفال ؛ فقال : أنا إنما أَعْرِفك بأحمد ، لا بأحمد بن عبد الله ، فلم يُزَوِّجْ . وفي مثل هذه الصورة ، لو أقام

---

(١) وهذا هو الصحيح – وبه قطع الجمهور – وذلك إذا حصل الظنُّ الغالب بضبطه . انظر الروضة (١١ / ٢٦٠) .

(٢) والأصح أنه يُقبل حكمُه إنْ لم يَحْتَجْ إلى الإشارة ؛ قياسًا على تحمُّل الشهادة قبل العمى ، ثم يشهد بها بعده . انظر الروضة (١١ / ٢٦١) .

(٣) يعني في الاعتماد على ترجمته .

(٤) كلمة : « أنه » ليست في (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « معروف النسب » .

عنده بينةً على أنه أحمد بن عبد الله لم تَنْفع ؛ لأنه لم يُفَوِّضْ إليه سماعَ البينة ، كيف والصحيحُ أنَّ البينة إنما تُسمع بعد تَقَدُّمِ دعوى وإنكار ؟!! .

السادسة : تَحَمُّلُ الشهادةِ على امرأة منتقبة بتعريفِ عدلين ، غَيْرُ جائزٍ إلّا على مذهبِ مَنْ يرى أن التَّسَامُعَ [1] من عدلين كافٍ في معرفة النسب ، بل الطريق ما فعلَه القفال (رحمه الله) ، إذ كتب في مثل هذه الشهادة « أَشْهَدَني فلانٌ وفلانٌ أنها فلانة بنت فلان وأنها أقرت ، وامتنع [2] عن الأداء فقال : وكيف [3] أشهد ، والشاهدان في السوق ؟! يعني أن شهادتي شهادةُ الفرعِ ، لكن طريق تحمُّل الشهادة أن تكشف عن وجهها حتى يَنْظر إليها ويحفظ حليتها . ثم إنها [4] عند أداء الشهادة ، تكشف ثانيًا ، فإن عَرَفَها شهد وإلا فَيَسْكُت .

ويجوز النظر لحاجة التحمل وإن كانت في غاية الجمال . وللقاضي عند الشهادة إنْ رَابَهُ أمرٌ أن يُحْضِرَ معها نسوةً في قَدِّها وكسوتها ، ويَمْتحن الشاهدَ ، فإن لم يُمَيِّزْها عنهنّ لم تُقْبل شهادتُه ، وقد فعل ذلك بعضُ القضاة .

السابعة : إذا وقعت الشهادة على عينها – كما ذكرناه – بمالٍ ، فطلب الخصم التسجيل ، ولم يعرفها القاضي بنسبها ، لم يكن له ذلك إلا أن يسجل على حليتها وصورتها . ولا يكفي قولُها : إني فلانة بنت فلان ؛ إذ لا يُسْمع مجردُ قولها ولا أن يقيم الخصم بينةً ؛ لأنها إنما تقام بعد تقدم دعوى في النسب ، ولكن لو نصب قيمًا حتى يدعي عليها دينًا ، وأنها بنتُ فلان ، فتنكر المرأة وتقام البينة : جاز ذلك ؛ فعله القاضي حسين في مثل هذه الواقعة ، وفيه إشكال من حيث إنها ربما كانت أقرت عند القاضي بالنسب ، فكيف تنكره ولا دعوى إلا على منكر ؟ ومن حيث إن القاضي عالم بأن هذه الدعوى كذب ؟ لكن قال القاضي حسين : « هذه حيلة جائزة للحاجة كما جاز بيع ثمار خيبر بالدراهم ، ثم شراء نوع آخر به » . والمسألة محتملة .

القسم الثالث : ما لا يَحْتاج إلى البصر . وهو الذي يَثْبت بالتَّسَامُع ؛ إذْ لا يُدْرِكه البصر

---

(١) في (أ) ، (ب) : « السماع » . (٢) في (أ) ، (ب) : « وامتنعت » وهو خطأ .

(٣) في الأصل : « كيف » والواو ثابتة في (أ) ، (ب) .

(٤) كلمة : « إنها » ليست في (أ) ، (ب) .

كالإعسار ، فإنه إنما يُدْرَك بالخبرة الباطنة وقرائنِ الأحوال في الصبر سِرًّا على الضرّ[١] والجوع . ولا يُعْلَم بيقينٍ ، لكن إذا حصل ظنٌّ قريبٌ من اليقين جازت الشهادةُ .

أما الذي يثبت بالتسامع فالنسبُ والملك المطلق . واختلفوا في الولاء والوقف والنكاح والعتق ؛ لأنَّ هذه أمور يُدْرك بالبصر أسبابُها ، لكنْ قد يَسْتفيض بين الناس ويَدوم التَّفَوُّهُ به ، وتتوفَّر الطباعُ على ذكره بخلاف البيع والهبة وأمثاله ، ففي اعتماد التَّسَامُعِ به وجهان ، منهم من مَنَع ؛ لإمكانِ المشاهدة . ومنهم من ألحق بالنسب ؛ لحصول الظن بالاستفاضة . وكذا الخلاف في النسب من جانب الأم ؛ فإنه يمكن مشاهدةُ الولادة ، ولكن يؤثر فيه التسامع أيضًا . ومنهم مَنْ قطع بأنَّ جانب الأم كجانب الأب . وفي الموت أيضًا طريقان ، والمشهور : أنه كالنسب يثبت بالتسامع . ومنهم مَنْ ألحقه بالنكاح ؛ لأنه يمكن مشاهدتُه .

ثم إذا قضى به ، فالنظر في النسب والملك :

أما النسبُ – وما يُلْحق به – ففي حَدِّ التسامع فيه وجهان :

أحدهما : أنه يسمع من قومٍ لا تَجْمَعُهم رابطةُ التواطؤ كما في أخبار التواتر[٢] .

والثاني : ذكر العراقيون أنه يَكفي أن يسمع من عَدْلين ، ثم لا يكون شاهدًا على شهادتهما . وهو بعيد . ثم زادوا عليه وقالوا : لو رآه يَحْمل صغيرًا وهو يَسْتلحقه ، أو قال الكبير : هذا ابني[٣]، وهو ساكت : شهد على النسب . وهذا غلطٌ إلا أن يشهد على الدعوة فقد يثبت النسب بمجرد الدعوة .

أما الملكُ ، فلا يحصل فيه تعيينٌ ؛ لأنه – وإنْ شَاهَدَ الشراءَ – فمن أين يعلم مِلْكَ البائع ؟!! أو شاهد الاصطياد فمن[٤] أين يعلم أنه لم يَفْلِتْ من غيره ؟ لكنْ يُعْتمد الظنُّ الغالبُ الذي لو

---

(١) في (ب) : « الضَّيْر » .

(٢) وهذا الوجه هو الذي رجحه الماوردي وابن الصباغ والغزاليّ وهو أشبه بكلام الشافعي (رحمه الله) . انظر الروضة (١١ / ٢٦٨) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « هو ابني » .

(٤) في الأصل : « مِنْ » والمثبت من (أ) ، (ب) .

كلف / مزيد بحث ، لتعذُّرَ إثباتُ الأملاكِ . ويحصل ذلك باجتماع ثلاثة أمورٍ : اليد ، ٢٩٨/أ
والتصرف ، والتسامع ، أعني تفاوُضَ الناس بإضافة الملك إليه [١] ، فإن هذا – إذا دام مدةً بلا منازعٍ – غَلَب على الظنِّ الملكُ .

وهل يكفي مجردُ اليدِ والتصرُّفِ دون تفاوضِ الناس بالإضافة ؟ المشهور أن ذلك كافٍ . وقال القاضي : لا يكفي ؛ لأنّ المنازع إنما يظهر إذا سمع الإضافة من الناس . لكنْ يقَابله أنه لو كان تَصَرُّفُه بالعدوان ، لَظَهر التفاوضُ بعدوانه في الجيران وأهلِ المحلّة ، فعدمُ ذلك دليلٌ على عدم الخصم .

وأما مجردُ اليد دون التصرف – أو التصرف دون اليد – فلا يكفي . وهل يُكتفى بمجرد التسامع دون اليد والتصرف ؟ ويُتَصَوَّر ذلك في ملك معطل ، قال العراقيون : يكفي ذلك . وهو بعيدٌ ؛ فكأنهم يظنون أن الملك أيضًا يشتهر كما يشتهر الوقف .

ثم إنما نعني بالتصرفِ ، الهدمَ والبناءَ والبيعَ والفسخَ والإجارةَ والرهنَ . ولو لم نَرَ إلا مجردَ الإجارة – ولكنْ مرةً بعد أخرى – ففيه خلافٌ ، والصحيح : أنه لا يَدُلُّ ؛ إذِ المستأجِرُ مدةً طويلة قد يؤاجر مرارًا .

هذا بيانُ ما يَعْتمده الشاهدُ فتحلُّ له الشهادة . أما « الخطّ » ، فقد ذكرنا أنه لا يُعْتمد للشهادة ويُعْتمد للحلف [٢] . ومما يجب ذِكْرُه هاهنا أنّ مَنْ شهد على أن فلانًا مات ، ولا وارث له سوى فلان ، فهذا يُسْمع وإن كان على النَّفْي ، كبيِّنة الإعسار ، ولكن يُسْمع ممن خَبَرَ باطنَ أحواله وعَلِمَ شعب نسبِه ، ويكفي فيه عدلان يقولان : لا نعلم له وارثًا سواه مع الخبرة الباطنة .

فإن لم تكن بينةٌ ، سَلَّم إلى الحاضر قدرَ اليقين فقط . ولا يَقِينَ إلا في فرض مَنْ لا يحجب عائلا كربع الثمن عائلا للزوجة ، وأما الأب فلا يستيقن له مقدار معين . فإن لم تكن بينةٌ ، بحث القاضي ونادى بأني قاسمٌ ميراثَه . فمنْ عَرف له وارثًا فَلْيذكر . فإن لم يظهر سَلَّم المالَ إلى الحاضر .

وهل يطلب له كفيلًا للقدر المشكوك ؟ فيه قولان .

---

(١) يعني استفاضة الخبر بين الناس .

(٢) يعني أن مَنْ رأى بخط أبيه أو ابنه أو غيرهما – ممن يعرف خطَّه ويتيقنه جاز له الحلفُ على ما تضمنه المكتوبُ دون الشهادة به .

الفصل الثاني

في وجوب التحمُّلِ والأداء

أما الأداء فهو واجبٌ على كل متحمل متعينٌ دُعِيَ إلى الأداء من مسافة دون مسافة العَدْوَى [١] ، فهذه ثلاثةُ قيودٍ .

فلو لم يتحمَّلْ ، ولكنْ وَقع بَصَرُه على فعلٍ وتعينٌ ، ففيه وجهان :

أحدهما : لايجب ؛ لأنّ المتحمِّلَ ملتزمٌ ، وهذا لم يلتزم .

والثاني : أنه يجب ؛ صيانةً للحقوق [٢] .

ولو لم يتعيَّنْ ، فإن امتنعوا بجملتهم عَمَّ الحرجُ جميعَهم . وإن امتنع واحدٌ ففي جوازه وجهان ؛ من حيث إنَّ فَتْحَ ذلك الباب ربما يدعو إلى التخاذل .

ولو دُعِيَ من مسافة دون مسافة القصر ، وفوق مسافة العَدْوَى ، فوجهان كالوجهين في لزوم قبول شهادة الفرع في غيبة الأصل إلى هذا الحد .

ثم الشاهد لايستحقُ الأجرةَ ؛ لأنه التزم هذه الأمانةَ بخلاف الكاتب . نعم ، يستحق الشاهدُ أجرةَ المركوب عند طول الطريق . ثم إذا أخذها ، فله أن لايركب ويَمْشي ، فكأنه أُجْرَةُ نَصَبِه في المَشْيِ .

ولو تعينَّ شاهدان ، فامتنع أحدُهما . وقال : احْلِفْ مع الثاني [٣] ، لم يَجُزْ بالاتفاق [٤] .

---

(١) مسافة العدوى : هي المسافة التي يخرج إليها المبكرُ من بيته فيرجع إليه قبل حلول الليل . وقال ابن فارس : العَدْوَى : طَلَبُك إلى الوالي لِيُعْدِيَك على مَنْ ظلمك ، أي : يَنْتقم منه بسبب اعتدائه عليك ، والفقهاء يقولون : مسافة العدوى ، وكأنهم استعاروها من هذه العدوى ؛ لأن صاحبها يَصِلُ فيها الذهابَ والعودةَ بِعَدْوٍ واحد ؛ لِمَا فيه من القوة والجِلَاد . انظر المصباح المنير (٢ / ٦٠٧) .

(٢) والأصح الموافق لإطلاق الجمهور أنه يلزمه الأداء أيضًا ؛ لأنها أمانة وشهادة عنده . انظر الروضة (١١ / ٢٧٢) .

(٣) أي قال للمشهود له : احلفْ مع الشاهد الثاني يعني كما يجوز ذلك في القضاء بشاهدٍ واحدٍ مع يمين المدَّعي .

(٤) ويكون هذا المتخاذل عاصيًا بامتناعه عن الشهادة . انظر الروضة (٢٧٢/١١)

أما التحمُّلُ فيما لايصح دون الشهادة كالنكاح ، فالإجابة إلى التحمل فيه من فروض الكفايات . ومن امتنع لا يأثم ؛ لأنه غَيْرُ متعينٌ .

أما التحمل في الأموال والأقارير [1] ، هل هو من فروض الكفايات ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لاستغنائه عنه .

والثاني : نعم ؛ لحاجةِ الإثبات عند النزاع [2] . وكذا الخلافُ في كَتْبِهِ الصكِّ ؛ لأنه لايُسْتغنى عنه في عصمة الحقوق .

* * *

(١) الأقارير جمع إقرار .

(٢) وهذا الوجه هو الصحيح كما في الروضة (١١/ ٢٧٤) .

الباب الرابع

في الشاهد واليمين

وكلُّ واقعةٍ يُقْضى فيها برجل وامرأتين، فَيُقضى بشاهد ويمين [1] إلا عيوب النساء وبابها. وقد صحَّ عن رسول الله ﷺ القضاء بشاهد ويمين. قال عمر (رضي الله عنه) : وذلك في الأموال [2]. وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يقبل شاهدٌ ويمين [3].

ثم عندنا ينبغي أن تتقدم شهادةُ الشاهد وتعديلُه، على اليمين؛ إذ اليمينُ - قبل تَأَيُّدِ جانب الحالف [4] باليد أو اللوثِ - ساقطُ الأثرِ. ويجب على الحالف أنْ يُصَدِّق الشاهدَ في يمينه، فيقول : أنا مُحِقٌّ وهو صادقٌ. ولا خلافَ في أنه لو حلف مع امرأتين لم يَجُزْ.

ثم هذا القضاءُ بالشاهد؟ أو باليمين [5]؟ أو بهما؟ ويَظهر الأثَرُ في الغرم عند الرجوع، فيه

---

(١) أي : يُقْضى فيها بشاهد ويمين. وفي (أ)، (ب) : « يقضى ».

(٢) الحديث رواه مسلم في صحيحه (٣ / ١٣٣٧) (٣٠) كتاب « الأقضية ». (٢١) باب « القضاء باليمين والشاهد » حديث (١٧١٢) بإسناده عن ابن عباس « أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد ». ورواه أبو داود في سننه (٤ / ٣٢) (١٨) كتاب « الأقضية » (٢١) باب « القضاء باليمين والشاهد » حديث (٣٦٠٨). ورواه ابن ماجه (٢ / ٧٩٣) (١٣) كتاب « الأحكام » (٣١) باب « القضاء بالشاهد واليمين » حديث (٢٣٧٠) ثلاثتهم من طرق عن قيس بن سعد عن عمرو بن دينار عن ابن عباس مرفوعًا. ورواه ابن ماجه أيضًا عن أبي هريرة حديث (٢٣٦٨). وعن جابر حديث (٢٣٦٩) مرفوعًا.

وقوله : (قال عمر (رضي الله عنه) : وذلك في الأموال). هذا من قول عمرو بن دينار راوي الحديث عن ابن عباس، كما في سنن أبي داود (٤ / ٣٤) وليس من قول عمر بن الخطاب (رضي الله عنه). ولعلّ الناسخ لم يَرَ (واو) عمرو، فظنّه عمرَ بنَ الخطاب فترضَّى عليه، والله أعلم.

(٣) **مذهب الشافعية** : أن المال يثبت لمدَّعيه بشاهدٍ ويمينِ المدعي. وهو مذهب المالكية والحنابلة وأكثرِ أهل العلم.

ومذهب الحنفية : أنه لا يقضى في الأموال ولا في غيرها بالشاهد مع يمين المدعي، حتى قال محمد بن الحسن : من قضى بالشاهد مع اليمين، نقضتُ حكمه. انظر : الروضة (١١ / ٢٧٨). منهج الطلاب ص (١٥٣) مع المنهاج. المبسوط (١٧ / ٣٠). القوانين الفقهية ص (٣١١). الشرح الكبير (٤ / ١٨٧). الروض المربع ص (٥٣٤). المغني (٩ / ١٥١).

(٤) في (أ)، (ب) : « الحلف ».

(٥) في (أ)، (ب) : « أو اليمين ».

ثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه باليمينِ ، والشاهدُ يُعَضّد جانبَ الحالف كاللوث .

والثاني : أنه بالشاهد ؛ لما رُوِيَ أنه (عليه الصلاة والسلام) قضى بالشاهد واليمين .

والثالث : أنه بِهِما جميعًا [1] .

ثم إن قلنا : إنه باليمين ، أمكن إيجابُ غُرْمٍ أيضًا [2] على الشاهد ، إذ اليمينُ نفذ بشهادته ، كما يجب - على رَأْيٍ - على المُزَكّي ؛ لأنّ الشهادة نفذت بتعديله / وتمامُ الباب بمسائل أربع : ٢٩٨/ب

الأولى : لو أقام الورثة شاهدًا واحدًا على دَيْنٍ لمورّثهم ، وحلفوا جميعًا : استحقوا . ولو حلف واحدٌ استحقَّ الحالفُ نصيبَه دون النَّاكِلِ . ولو مات النَّاكِلُ ، لم يَكُنْ لوارثه أَنْ يحلف ؛ إذ بطل حقُّ الحلف بالنكول . وإنْ مات قبل النكولِ ، فَلوارثِه أنْ يحلف ، ولكن هل يجب إعادةُ الشهادة ؟ فيه وجهان [3] . وكذا لو جاء الوارثُ بشاهدٍ آخر هل يجب على الأوّل الإعادة ؟ فيه قولان ، مأخذهما [4] أنّ هذه دعوى جديدة ، أو في حكم البناء ؟ . ولو نكل الوارثُ ، وللميتِ غريمٌ ، فهل يحلف ؟ فيه قولان ذكرناهما في القسامة [5] . أما إذا كان فيهم غائبٌ أو مجنونٌ ، فإذا عاد أو أفاقَ : حلف من غير حاجة إلى إعادة الشهادة بل نفذت تلك الشهادة في الحقّ المشترك بدعوى واحدٍ من الورثة ، وإنما تختصُّ الدعوى والحلف دون المشاهدة . أما إذا أَوْصَى لشخصين ، فحلف أحدُهما مع شاهد ، والثاني غائبٌ ، فإذا عاد فلابُدَّ من إعادة الشهادة ؛ إذ ملكُه منفصِلٌ بخلاف حقوق الورثة ، فإنه إنما يثبت أولًا لشخصٍ واحد وهو الميت .

فرع : لو حلف بعضهم مع الشاهد ، فهل يخرج نصيب الغائب من يد المدَّعَى عليه ؟ فيه

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١١ / ٢٧٨) . وبناء عليه فإذا رجع الشاهد - بعد شهادته - لزمه أن يغرم النصفَ ، وهو مذهب مالك وأحمد . انظر المغني (٩ / ٢٥٥) .

(٢) كلمة : « أيضًا » ليست في (أ) ، (ب) .

(٣) والأصح أنه لا يجب إعادة الشهادة . انظر الروضة (١١ / ٢٨٢) .

(٤) في الأصل : « مأخذه » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) والأظهر أنه يمنع من الحلف ، وهو الجديد من قولي الشافعي (رحمه الله) . انظر الروضة (١١ / ٢٨٠) .

قولان كما ذكرناه في الحيلولة بشاهدٍ واحدٍ [١] ، لكنْ هذا أبعد ؛ لأنَّ صاحب الحقِّ لم يَدَّعِ ، إلّا أنَّ اتحادَ الميت ، كأنه يجعل دعوى الواحد كدعوى الجميع . ولذلك لا تُستَعَاد الشهادةُ . أما النصيبُ الذي أخذَه الحالفُ [الوارث] [٢] فلا يشاركه الغائبُ فيه ، نَصَّ عليه [٣] . وقال في كتاب « الصلح » : « لو ادّعى الوارثان عينًا ، فأقرَّ لأحدهما بنصيبه ، شاركَه الآخر » [٤] فمنهم من قال : قولان بالنقل والتخريج ، والصحيحُ : أنه فرض ههنا في الدَّيْن ، وذلك إنما يتعيَّنُ بالتعيين فلا يُشاركه فيه [٥] . وفي الصلح في جزء من العين ، وهو مشترك بإقراره ، فكيف ينفرد به ؟ [٦] . أما إذا أقام أحدُهما شاهدِيْن فَيُنْتزع نصيبُ الصبيِّ والمجنون [٧] . وأما نصيبُ الغائب فينتزع أيضًا إن كان عينًا ، وإن كان دَيْنًا فوجهان يجريان في [كلِّ] [٨] دَيْنٍ يُقَرُّ به لغائبٍ [٩] ، أن الوالي ، هل يَسْتوفيه أو يتركه عليه ؟ وهذا في الوراثة ، أمّا الوصية فَيُتْرَك نصيبُ الغائب وإن كملت بينةُ الحاضر .

المسألة الثانية : إذا ادَّعى ثلاثةٌ أنَّ أباهم وَقَفَ عليهم ضيعةً وعلى أولادهم – على الترتيب – وحلفوا مع شاهدٍ واحد : استحقوا . وفيه وجه : أن الوقف كالعتق ولا يثبت بشاهد ويمين إن قلنا : إنّ الملك فيه لله تعالى . وهو بعيدٌ غير مُعْتَدٌّ به . ثم البطن الثاني ، هل يحتاجون إلى الحلف عند موتهم ؟ إنْ قلنا : إنهم يأخذون الحقَّ من البطن الأول ، فيكفيهم يمينُ البطن الأول [١٠] . وإنْ قلنا : من الواقف ، فلابد من التجديد ؛ لأنهم لا يستحقّونَ بيمين غيرهم .

فلو كان الشرطُ الصرفَ إلى المساكين بعد موتهم ، فعلى هذا لا يُمْكن تحليفُ المساكين ؛ إذ لا يَنْحصِرون ، ففيه وجهان :

---

(١) انظر الباب السابق.

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) أي الشافعي (رحمه الله) .

(٤) انظر مختصر المزني ص (١٠٦) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فلا يشارك فيه » .

(٦) قوله : (به) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « المجنون والصَّبِيّ » .

(٨) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « للغائب » .

(١٠) وهذا هو الأصح عند الجمهور كما في الروضة (١١ / ٢٨٥) .

أحدهما : أنهم يستحقُّون بغير يمين ؛ للضرورة [١] .

والثاني : أنّ الوقف قد تعذّر مَصْرِفُه . وفيه خلافٌ أنه يبطل ؟ أو يُصْرف إلى أقرب شخص إلى الواقف ؟.

ولو مات واحدٌ من الحالفين [٢] ، فنصيبُه للباقين [الذين حلفوا معه في درجته] [٣] ؛ لأنه وقفُ ترتيبٍ ، وفي تجديد يمينهم قولان مرتبان ، والصحيح : أنه لا يحتاج إليه ؛ لأنهم قد حلفوا مرةً على الجملة .

أما إذا نكلوا جميعًا ، فالبطنُ الثاني لا يستحقون إن لم يحلفوا . وإن حلفوا استحقوا . هذا إن قلنا : إنهم يأخذون من الواقف . وإن قلنا : يأخذون من البطن الأول ، فلا أثر لحلفهم ؛ إذ قد بطل حقُّ الحلف بنكول البطن الأول .

أما إذا حلف واحدٌ ، ونكل اثنان ثم ماتوا ، فولَدُ الحالفِ يستحقُّ إنْ حلف ، وإن لم يحلف فقولانِ . وولَدُ النّاكل لا يستحقّ إن لم يحلف . وإنْ حلف فقولان . وإن مات [٤] الحالف أولًا ، فشرط الوقف [٥] أن يكون للآخرين ، لكن أبطلوا حقوقهم بالنكول ، وفيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يُصْرف إلى ولد الحالف وقد التحقا بالموتى لنكولهم . وهو بعيد .

والثاني : أنه يصرف إليهم ويستحقون بيمين الميت .

والثالث : أنه قد تعذَّر مصرفُه إذن ؛ فينتزع من يد المدعى عليه . [٦] أما نصيب الناكلين ، فيبقى في يد المدعى عليه [٦] .

فإن قلنا : يصرف إلى الناكلين ، ففي إيجاب الحلف عليهم قولان مرتبان على ما إذا كانا قد

---

(١) والأصح أنهم يأخذون بلا يمين ، وتسقط اليمينُ هنا ؛ لِتعذُّرِها ، ولا يبطل الوقفُ بعد صحته ووجودِ مصرفه . انظر الروضة (١١ / ٢٨٥) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أحد الحالفين » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ولو مات » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « الواقف » .

(٦) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

حلفا ، وههنا أَوْلَى بالحلف .

المسألة الثالثة : لو كان الوقفُ وَقْفَ التشريكِ ، وحلف الثلاثة ، ثم وُلِدَ لواحدٍ وَلَدٌ : صار الوقفُ أرباعًا بعد أن كان أثلاثًا ، ويُوقَف الربع للطفل ، وكذا غلّتُه . فإن بلغ وحلف : استحق ، وإن نكل ، فالنصُّ أنه (١) يرد على الثلاثة ، (٢ وكأنَّ النّاكِلَ معدومٌ ٢) ، وقال المزني (رحمه الله) : « كيف يُرَدّ عليهم ، وهم مُقِرُّون بأنهم لا يستحقونه ، فهو وَقْفٌ تعذَّر مصرفه » والقياسُ ما ذَكَره ؛ فنجعله (٣) قولا مخرجا . فلو / قال المدّعَى عليه : رُدُّوه إليّ (٤) ؛ فلا طالبَ له غيري ، فلا خلافَ أنه لا يرده إليه ؛ إذ قد انْتُزِعَ من يده بحجة ، فلا يمكن الردُّ إليه (٥) . ٢٩٩/أ

المسألة الرابعة : جاريةٌ لها ولد ، ادعي إنسانٌ على صاحب اليد أنها مُستولدته ، والولدُ منه ، وأقام شاهدًا واحدًا وحلف : سُلِّمَتْ له الجاريةُ ، وثبت ملكُه ثم تُعْتق عليه – إذا مات – بإقراره وبالاستيلاد ، لا بالشاهد واليمين . أما الولدُ ، ففي حرّيته ونَسبِه قولان :

أحدهما : أنه يثبت بطريق التبعية للأم .

والثاني : – وهو القياس ، واختيارُ المزني – أنه لا يثبت ؛ لأنه إنسان مُستقل تُدَّعى فيه الحرية والنسبُ كما يُدَّعَى في الأم الاستيلاد (٦) . واستشهد المزني بما لو أقام هذه الحجة على عبدٍ بأنه كان ملكه ، وقد أَعتقه ، فإنه لا يسمع ؛ لأنه معترفٌ في الحال بحريته ، مع أنه قد سبق له ملكٌ ، فكيف يُسْمع في الولد ولم يَجْرِ عليه رِقٌّ أصلًا ؛ فمن أصحابنا مَنْ طرد القولين ، ومنهم من فرَّق بأنَّ الحكم هاهنا وُجِد منتسبًا من ملك حاضر وهو الأم بخلاف مسألة العبد . والقياسُ ما ذكره المزنيّ (رحمه الله) .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « نص أنه » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وإن كان الناكل معدومًا » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فَيُجعل » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « عليَّ » .

(٥) كلمة : « إليه » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٦) والأظهر أنه لا تثبت حُرِّيَّته ؛ وذلك لأنه لا يَدَّعي ملكَه ، والنسبُ والحريةُ لا يثبتان بهذه الحجة ، أعني بالحلف مع الشاهد ؛ ومن ثَمّ فيبقى الولدُ في يدِ صاحب اليد . انظر الروضة (١١ / ٢٧٩) .

الباب الخامس
في الشهادة على الشهادة

والنظر في خمسة أطراف :

الطرف الأول : في مجاريه . وهو جارٍ فيما ليس بعقوبة [١] . وفي العقوبات ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا يجري ؛ لأنه بدل ، فلا يخلو عن شبهة .

والثاني : أنه يجري ؛ لأن كونَه بدلًا ، لا يُوجب الشبهة .

والثالث : أنه يجري في حقوق الآدميين كالقصاص وحدِّ القذف دون حدود الله تعالى ؛ فإنه يَتَسارع إليه [٢] السقوطُ بالشبهات [٣] . وكذا الخلاف في كتاب القاضي إلى القاضي وكذا في التوكيل باستيفاء القصاص ؛ لأن الوكيلَ بدلٌ عن الموكِّل ؛ فإذا منعنا ذلك ، فلا معنى لدعوى القصاص على غائب .

الطرف الثاني : في التحمُّل . ولا يجوز أن يشهد على شهادة غيره ما لم يعلم أن عنده شهادة مجزومة ثابتة [٤] . وذلك بأن يقول له : عندي شهادةٌ بكذا ، وأنا أُشْهِدُك على شهادتي ، وإما بأن [٥] يراه بين يَدَيْ حاكم وهو يقول : أشهد أن لفلان على فلانٍ كذا ، فله أن يتحمل وإنْ لم يَقُلْ له : أُشهدك ؛ لأنّ ذلك ليس تفويضًا حتى يحتاج إلى إشهاد [٦] ، نعم إذا [٧] رآه يُخْبِر عن

---

(١) أي : تقبل الشهادة على الشهادة في غير العقوبات ؛ كالأموال والأنكحة والبيع وسائر العقود ، والفسوخ ، والطلاق ، والعتاق ، والرضاع ، والولادة ، وعيوب النساء ، سواء في ذلك حقّ الله تعالى – كالزكاة ، ووقف المساجد ، والجهات العامة – وحقوق الآدميين . انظر الروضة (١١ / ٢٨٩) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « إليها » .

(٣) والمذهب قبول الشهادة على الشهادة في القصاص وحدّ القذف ، ولا تقبل في حدود الله تعالى . انظر الروضة (١١ / ٢٨٩) ، والمنهاج (١٥٤) ، والغاية القصوى (٢ / ١٠٢٥) .

(٤) في (أ) : « تامة » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « أنْ » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « شهادة » .

(٧) في (ب) : « إنْ » .

الشيء [١] لا في معرض الشهادة ولابلفظ الشهادة ، فالإنسانُ قد يتساهل فيه ولو كُلِّفَ الشهادة : امتنع ، فلذلك [٢] لا يتحمل . أما إذا قال في غير مجلس القاضي : عندي شهادةٌ مثبوتة لا أتمارى فيها ، ففي جواز التحمل وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لانقطاع الاحتمال [٣] .

والثاني : لا ؛ إذ قد يكون له فيه غرض ، وإذا طُولب بالإقامة توقّف .

أما إذا اقتصر على قوله : أنا أَشهد بكذا ، لم يعتمد ذلك ؛ لظهور اعتماد التساهل [٤] ؛ ولأنه قد يريد به الوعدَ ولا يفي به . فلو قال : لفلانٍ عليَّ ألفٌ ، فيشهد على إقراره ولا يُقَدّر احتمالُ إرادةِ وَعْدٍ ؛ لأنَّ الإنسان لا يتساهل في الإقرار على نفسه ، ويتساهل في الإخبار عن الغير . وقال أبو إسحاق المروزي (رحمه الله) : « لا يشهد على إقراره ما لم يُضِفْه إلى إتلافٍ ، أو ضمان ، أو غير ذلك مما يقطع هذا الاحتمالَ » ، وهو بعيد غير مُعْتَدٍّ به .

ثم الشاهد ينبغي أنْ يحكي مُستندَ تحمله ، بأنَّ شاهِدَ الأصلِ أَشْهَدَه ، أو رآه يَشهد عند القاضي ؛ فإنه ربما لايعرف كيفية التحمل حتى يبحث عنه القاضي . فلو كان فقيهًا ، فيكفيه أن يقول : أَشهد على شهادته ، وله الإصرارُ عليه ، فلو سأله القاضي لم يلزمه التفصيلُ .

الطرف الثالث : في الطوارىء على شهود الأصل .

ولا يضرُّ موتُهم وغَيْبَتُهم ومرضُهم ، بل هو المراد من شهود الفرع [٥] ، وقد ذكرنا حدَّ الغَيْبة . أما طرآنُ فسقِهم وعداوتهم وردَّتهم فلا يُؤثِّر طرآنه بعد القضاء بشهادة الفرعِ [٦] . ولو

---

(١) في (أ) : « يخبر بالشيء » . (٢) في (أ) ، (ب) : « فذلك » .

(٣) يعني لانقطاع احتمال التساهل .

(٤) في الأصل : « لظهور اعتماد التساهل » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) يعني أننا نحتاج إلى شهادة الفرع ، إذا لم يمكن الوصول إلى شهادة الأصل ، ولا يُوصَل إلى شهادة الأُصل إذا ماتوا ، أو غابوا ، أو مرضوا مرضًا يمنعهم من الحركة ، أو الحضور إلى مجلس القضاء .

(٦) يعني أنَّ طرآن فسق الشهود الأصليين أو ردّتهم ، أو حصول عداوة دنيوية بينهم وبين المشهود عليه ، فذلك لا يؤثر إذا تمَّ الحكمُ بناءً على شهادة الفرع .

طرأ قبل القضاء منع القبول ؛ لأن هذه أمورٌ لا تهجم ، بل يتقدَّمُها مقدّماتٌ [١] ؛ ولأنه يقبح أن يشهد على شهادةِ مرتدٍّ وفاسقٍ [٢] .

ولو حضر شهود الأصل ، فكذبوا الفرع بعد القضاء : لم يؤثر . وقبل القضاء لو ثبت تكذيبُهم - في الغيبة ببينة - أو رجوعُهم : امتنع شهادة الفرع . ولو بان - بعد القضاء - أنهم كانوا كذّبوا ، أو رجعوا قبل القضاء : نُقِضَ الحكم قولًا واحدًا .

أما طرآن العمى والجنون ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه لا يؤثر كالموت ، وهو الأصَحّ .

والثاني : أنه يؤثر ؛ إذ بطلت أهليتهما والمقبول شهادتهما ، وإنما اسْتُثْنِيَ الموتُ للضرورة .

والثالث : أن الجنون بخلاف العَمَى ؛ فإن الأعمى أَهْلٌ ، وإنما يمتنع عليه التعيينُ .

أما الإغماءُ ، فلا يؤثِّر في الغيبة . وفي الحضور يُنتظر زوالُه فلا يسلط شاهد الفرع على الشهادة .

ثم إذا قلنا : يمتنع بالجنون ، فلو زال ، ففي وجوب تجديد التحمل / وجهان ، أقيسهما : أنه ٢٩٩/ب

---

(١) يعني أن الفسق أو الردة لا تحصل فجأةً ، بل يحصل ذلك في فترة طويلة تُورث شبهة في تحمله الشهادة ؛ إذ ربما يكون فاسقًا أو مرتدا عند تحمله لتلك الشهادة ولم يظهر ذلك إلا بعد التحمل .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله - رحمه الله وإيانا - فيما إذا طرأ على شاهد الأصل فسقٌ أو عداوة ، أو ردّة ، قبل القضاء بشهادة الفرعِ : (منع القبول) فقولُه : (منع القبول) لائقٌ بما إذا طرأت قبل إقامة الفرع الشهادة ، وكذلك صوَّر المسألةَ شيخُه الإمامُ . واللائق بالصورة المذكورة في « الوسيط » أن يقول : (منع القضاء) ، لكنا نقول : قوله : (لو طرأ قبل القضاء : منع القبول) شاملٌ لما طرأ [من] ذلك قبل إقامة الفرعِ الشهادةَ وما طرأ بعدها ، ولهذا قال : (ولأنه يقبح أن يَشهد على شهادة مرتد) .

ويُستفاد من قول : (منع القبول) مَنْعُ القضاء بها ؛ لأن القضاء بها قبولٌ آخر آكدُ من قبول سماعها .

وقوله : (بل يتقدمها مقدمات) يعني به أنه لا يظهر إلا بعد فسادٍ باطنٍ ، فَيُورِث ذلك ريبةً مُنعطفةً على حالة تحمُّلِ الشهادة ، ولا يلزم ما إذا طرأت بعد القضاء ؛ لأن الريبة قبل القضاء تُؤَثِّر وتُورث توقُّفًا في العمل بالشهادة ، ولا تؤثر بعد القضاء ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٦ / أ ، ١٩٦ / ب) .

لا يجب . وأشهرهما : أنه يجب كما لو [1] أفاق الموكِّلُ .

الطرف الرابع : في العدد .

والكمالُ أن يشهد على كلِّ شاهدٍ شاهدان . فإن شهد اثنان على شهادةِ واحدٍ ، وهما بأعيانهما شهدا على الآخر ، فقولان ، أقيسهما : أنه يجوز ؛ كما لو شهد اثنان على ألف رجل بالإقرار ، وهو اختيار أبي حنيفة (رحمه الله) والمزني [2] .

والثاني : لا ؛ لأن هذه حجةٌ واحدة ، فلا يقوم شخصٌ بِطَرَفَيْها ، كما لو شهد أَحَدُ شاهِدَيِ الأصل بالفرعية على شهادةِ آخر .

فإنْ مَنَعْنا ذلك ، فلو شهد أربعةٌ على شهادتهما فوجهان :

أصحها : الجوازُ ؛ إذْ شهد على كلِّ واحدٍ اثنان ، فتعرُّضهما للثاني ينبغي أنْ يُجْعل كالعدم .

والثاني : لا ؛ لأنَّ من استقلَّ بشق لا تعتبر شهادتُه [في الثاني] [3] وليس أحدُ الشِّقَّيْنِ بالإسقاط [4] بأولى من الآخر .

ولا خلافَ أنَّ ما يثبت برجلٍ وامرأتين ، فالشهادةُ على شهادتهم تجري مجرى الشهادة على ثلاثة أشخاص .

فرع : الزنا ، إن قلنا : يثبت بالشهادة على الشهادة [5] ، فيجتمع في عدد الفرع [6] أربعةُ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

(٢) قال ابن الصلاح : « القولان في أنه هل يجوز أن يشهد [على] شاهِدَيِ الأصلِ معًا شاهدان لا غيْرُ ؟ ذكر – هو وشيخُه – أن اختيار المزنيّ هو قولُ الجواز ، وذكَر غيرُهما كالفوراني وصاحبِ « الشامل » وصاحبِ « المهذب » و « التهذيب » وغيرهم أن اختيار المزني هو عدمُ الجواز . وهذا هو الصواب ، وعليه يدلُّ كلامُ المزنيِّ في مختصره والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٦ / ب) .

قلت : انظر ما قاله المزني في مختصره ص (٣١٢) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) قوله : « بالإسقاط » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٥) والمذهب أنه لا يقبل في إثبات العقوبات – الشهادةُ على الشهادة ، وذلك فيما هو من حقوق الله تعالى ، كما سبق .

(٦) يعني في عدد شهود الفرع .

أقوال :

ففي قول : يكفي اثنان يشهدان على شهادة الأربعة الأصولِ . وهو بناءٌ على أن الإقرار بالزنا ، يثبت بشاهدين على قول ؛ فكذلك الشهادة .

وفي قول : لابد من الأربعة .

وفي قول : ثمانية .

وفي قول : ستة عشر ، ومنشؤه التردُّدُ في أصلين :

(أحدهما) : عددُ شهود الفرع .

(والآخر) : عدد شهود الإقرار .

الطرف الخامس : في العذر المرخِّص لشهادة الفرع [١] وهو الموت ، والغيبة ، والمرض [٢] .

[٣] والغيبةُ إلى مسافة القصر ترخص . ودون مسافة العدوى : لا . وفيما بينهما وجهان [٣] والمرضُ هو القدر [٤] الذي يجوز تَرْكُ الجمعة به ، وهو ما فيه مشقةٌ ، لا مايمنع معه الحضور . وليس على القاضي انْ يَحْضُر دارَ المريض أو يبعث نائبَه إليه ؛ فإن ذلك يَغُضُّ [٥] من منصب القضاء وشهادة الفرع قريبٌ ؛ ولذلك جازت الروايةُ من الفرع مع حضور الشيخ . والخوفُ من الغريم كالمرض .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « بشهادة الفرع » .

(٢) كلمة : « المرض » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٣) في الأصل : « والغيبة إلى مسافة القصر ترخص دون مسافة العدوي ، وفيما بينهما وجهان » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

وقال ابن الصلاح : « قوله في الغيبة إلى مسافة القصر ترخص : (ودون مسافة العدوى : لا) صوابه : (ومسافة العدوي : لا) والله أعلم » مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٦/ب) .

(٤) كلمة : « القدر » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « نَقْصٌ » .

فرع : ليس على شهود الفرع الثناءُ على شهود الأصل وتعديلُهم عندنا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) بل لو عَدَّلوا ، ثبتت العدالةُ والشهادةُ جميعًا بشهادتهم [1] ، [2] وإلا بحث القاضي عنهم [2] .

وليس عليهم أيضًا [3] أن يشهدوا على صِدْق شهود الأصل ؛ فإنهم لا يَعْرفون ، بخلاف الحالف مع الشاهد ، فإنه يَعْرف صِدْقَه ، والله أعلم [4] .

* * *

(١) يعني تُقْبل تزكيتهم إذا توفرت فيهم صفات المزكِّين ، وإلا فلا يُقبل تعديلهم .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ولا يبحث القاضي عنهم » .

قلت : الذي حكاه الغزالي (رحمه الله) عن أبي حنيفة (رحمه الله) إنما هو من قول محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة . انظر مختصر الطحاوي ص (٣٣٦) . الهداية (٣ / ١٤٥) . فتح القدير (٧ / ٤٧٠) . رد المحتار (٧ / ٢٢٩ ، ٢٣٠) . (٥ / ٥٠١) . ملتقى الأبحر (٤ / ٩٤) . اللباب في شرح الكتاب (٤ / ٧٠) .

(٣) كلمة : « أيضًا » ليست في (أ) ، (ب) .

(٤) قوله : « والله أعلم » ليس في (أ) ، (ب) .

الباب السادس

في الرجوع عن الشهادة

والنظرُ في : العقوبات ، والبضع ، والمال .

الأول : العقوبات . وللرجوع ثلاثةُ أحوالٍ :

الأول : أن يكون قبل القضاء ، فيمنع [١] القضاء . فإن كان في زنًا ، وجَبَ حَدُّ القذفِ . فإن قالوا : غلطنا ، ففي وجوب الحدِّ قولان مرتبان على ما إذا نقص عددُ الشهود ، وهذا أولى بالإيجاب ؛ لأنّ التحفُّظَ واجبٌ عليهم وهو إلى اختيارهم [٢] .

فإن حَدَدنَا لم تُقْبل شهادتهم بعد ذلك إلا بعد التوبة والاستبراء . وإنْ لم نَحُدَّهُم لم تَسقط عدالتهم ؛ فتقبل شهادتُهم .

ولو رجعوا في الشهادة وفَسَّقْنَاهُم ، فعادوا بعد التوبة ، وقالوا : كذبنا في الرجوع ، لم تُقْبل تلك الشهادة أصلًا ؛ مؤاخذةً لهم بقولهم في الرجوع الأول .

ولو لم يُصَرِّح الشاهدُ بالرجوع [٣] ، ولكنْ قال للقاضي : تَوَقَّف ، فيتوقَّف القاضي . فإن [٤] عادوا إلى الشهادة ، ففي القبول وجهان ؛ لتَطَرُّقِ التُّهْمة بسبب التوقُّف ، والاستمهالِ للتروِّي [٥] . فإن قلنا : لا يمنع الاستمهالُ ، فهل يجب إعادةُ تلك الشهادة ؟ فيه وجهان [٦] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فيمتنع » .

(٢) وهذا هو الأصح أنه يجب إقامة حد القذف عليهم ؛ لما في شهادتهم من التعيير والفضيحة . انظر الروضة (١١/ ٢٩٦) .

(٣) في الأصل : « الرجوع » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فلو » .

(٥) والأصح قبول شهادتهم . انظر الروضة (١١ / ٢٩٦) .

(٦) والأصح من الوجهين أنه لا يجب إعادة تلك الشهادة ، إذا جزموا بها ، والشكُّ الطارىء قد زال . انظر الروضة (١١ / ٢٩٦) . قلت : ولا يلزم من التوقف في الشهادة طروءُ شكٍّ فيها ؛ إذ قد يتوقف الشاهدُ لمصلحة دينية أو لغيرها ، والله أعلم .

الحالة الثانية : الرجوع بعد القضاء ، وقبل الاستيفاء . وفيه ثلاثة أوجه [١] :

أحدها : أنه لا تُسْتوفى ؛ لأن الحدودَ تسقط بالشبهات .

والثاني : أنه تُستوفى كالأموال ؛ لأنَّ المحكوم بوجوب قَتْلِه كالمقتول [٢] .

والثالث: وهو الأعدل، أنّ حقوق الآدميين لا تَسقُط، كأموالهم، وتسقط حقوق [٣] الله تعالى.

الحالة الثالثة : الرجوع بعد استيفاء العقوبة . وله صور :

الأولى : أن يقولوا : تعمَّدْنا الكذبَ مع العلم بأنّ [٤] شهادتنا تُقْبَل ، فيلزمهم [٥] القصاصُ عندنا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [٦] . ولا خلاف أن الدية المغلظة تجب في مالهم .

ولو رجع معهم وليُّ القصاص - وهو الذي باشر - وَجب [عليه] [٧] القصاصُ . وهل يجب على الشهود معه ؟ فيه وجهان :

---

(١) قال في الروضة (١١/٢٩٦) : «إن كانت الشهادة في مالٍ ، استوفى على الصحيح المنصوص . وإن كانت في قصاص أو حدّ القذف لم يُسْتوفَ على المذهب ؛ لأنها عقوبةٌ تسقط بالشبهة ، والرجوع شبهة بخلاف المال ؛ فإنه لا يتأثر بالشبهة ... وإن كانت في حدود الله لم تُسْتوفَ » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « مقتول » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « حقّ » .

(٤) في الأصل : « أن » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) في الأصل : « فلزمهم » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٦) **مذهب الشافعية :** أنه إذا شهد الشاهدان أو الشهود على رجل بشيء يتلف من بدنه ، أو ينال منه ، كالقطع أو الجلد أو القصاص في قتل أو جرح ، وتم الاستيفاء من المشهود عليه ، ثم رجع الشهود وقالوا : تعمّدنا أن ينال ذلك منه بشهادتنا ؛ فذلك كالجناية عليه ، فيلزمهم القصاص . وهذا مذهب الحنابلة أيضًا .

ومذهب أبي حنيفة : أنه لا يلزمهم القصاص ؛ لأنهم لم يباشروا وعليهم الدية . وهو قول مالك . وقال أبو يوسف ومحمد : عليهم التعزير . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٤٢) . المبسوط (٩/٦٤) . الهداية (٣/١٥٠) . فتح القدير (٧/٤٩٢ ، ٤٩٣) . رد المحتار (٧/٢٦٠ ، ٢٦١) . الكافي ص (٤٧٦) . القوانين الفقهية ص (٣١٨) . الخرشي على مختصر خليل (٧/٢٢٠) . الشرح الصغير (٤/٢٩٤ ، ٢٩٥) . مختصر المزني ص (٣١٢) . معرفة السنن (١٤/٣٤٦) . حلية العلماء (٨/٣١٤) . المقنع ص (٢٧٣) . كشاف القناع (٦/٤٤٣) .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

أحدهما : لا ؛ إذ الشاهدُ - بالشهادة - صار كالمُمْسِك مع المباشر (١) .

والثاني : يجب ؛ لأنهم بالشهادة أهدروا الدم ، وأبطلوا العصمة .

والقاضي إذا رجع ، شَارَكَ الشهود / في القصاص والدية المغلظة . فإن رجع المزكّي ، ففيه ثلاثة أوجه : ٣٠٠/أ

أحدها : أنه كالشهود (٢) .

والثاني : أنه كالممسك .

والثالث : أنه يصلح فِعْلُه لإيجاب الدية دون القصاص .

الصورة الثانية : إذا قالوا : أخطأنا ، فلا قصاص ، وقد يُعَزِّرهم القاضي (٣) ، والديةُ في مالهم . فإن صدقهم العاقلة ، ففيه ترددٌ سيأتي (٤) . ولو قال بعضُهم : أخطأنا ، فلا قصاصَ على المعْتِرف بالعمد ؛ لأنه شريك خاطىء . ولو قال كلُّ واحد : تعمدتُ ، وأخطأ شريكي ، ففي القصاص وجهان (٥) :

أحدهما : لا يجب ؛ لأنه إقرار بأنه شريك خاطىء ، فلا يجب القصاصُ عليه بدعوى

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح ، أن القصاص - أو كمال الدية - على الوليّ ؛ لأنه المباشر . انظر الروضة (١١ / ٢٩٧) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح أنه يلزمه القصاص ؛ لأنه بالتزكية ألجأ القاضي إلى الحكم المفضي إلى القتل . انظر الروضة (١١ / ٢٩٨) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وقد يعزرهم القاضي) لتركهم التحفظ ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٩٦ / ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (فإن صدقهم العاقلة ، ففيه تردد وسيأتي) هذا فيه نظرٌ ؛ لأن الذي يأتي هو ما ذكره في آخر الباب من تردد القولين في أن الغرم الواجب في خطأ القاضي ، هل يجب في ماله أو في بيت المال ؟ والترددُ هاهنا إنما يكون تردد القولين في أنه يجب ذلك في ماله [أو] على عاقلته ؛ لأنه تعمّد القتل . وإنما سقط القَوَدُ لأمرٍ خارج ، وهو ظنُّه أنه القاتل ، فهو كما لو قتل من أسلم في دار الحرب على ظنّ أنه مشركٌ بَعْدُ ، فهل تجب الديةُ على عاقلته أو في ماله ؟ فيه قولان . وكأنه [يعني الغزالي] اتبع في هذه « النهاية » « والبسيطَ » ، وسها عن ذكر ما في « النهاية » و « البسيط » من هذا الكلام ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٦ / ب ، ١٩٧ / أ) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « قولان » .

الشريكِ العمديةَ (١) .

والثاني : أنه يجب ؛ لأن دعواه خَطَأَ الشريكِ - وهو مُنْكِر - لا يَدْرَأ عنه قصاصَ العمدِ .

الصورة الثالثة : إذا قالوا : تعمدنا ولكن ما عرفنا أنه تُقْبل شهادتُنا ، فلا يجب القصاصُ عند الأكثرين (٢) ؛ إذ لم يَظهر قَصْدُهم إلى القتل مع أنّ نفس الشهادة ليس تَقْتل بخلاف ما لو ضرب شخصًا ضَرْبًا يقتل المريضَ دون الصحيح وجَهِلَ كونَه مريضًا ، فإن الأظهر أنه يجب القصاصُ ؛ ويحتمل فيه وجه من هذه المسألة .

فإن قلنا : لاقصاص لجهلهم ، قال صاحب « التقريب » : لتكن الديةُ مؤجلةً ؛ فإنه قريبٌ من شِبْهِ العمد (٣) .

* * *

---

(١) والأصح أنه لا قصاص عليهما ، ولا خلاف أن الدية تجب عليهما مغلظة . انظر الروضة (١١ / ٢٩٩) .

(٢) وهذا ما قاله الأصحاب أنه شِبْهُ عمْدٍ ؛ فلا يوجب قصاصًا . انظر الروضة (١١ / ٣٠٠) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (قال صاحب التقريب : تكون الدية مؤجلة ؛ فإنه قريب من شبه العمد) اقتصر على هذا دون نصّ الشافعي على أنها تجب في أموالهم حَالّةً . ووُجّهَ بأنهم متعمدون . والمسألةُ قريبةٌ من مسألة قَتْلِ المسلم في دار الحرب التي ذكرناها آنفًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٧ / أ) .

قال الحموي : « قول في باب الرجوع عن الشهادة : (الصورة الثالثة : إذا قالوا : تعمدنا ولكن ما عرفنا أنه تُقْبَلُ شهادتُنا ، فلا يجب القصاص عند الأكثرين إذا لم يظهر قصدُهم ، مع أن نفس الشهادة ليست تقتل ، بخلاف ما لو ضرب شخصًا ضربًا يقتل المريضَ دون الصحيح وجهل كونَه مريضًا ، فإن الأظهر : أنه يجب القصاصُ ، ويحتمل فيه وجه من هذه المسألة ، فإن قلنا : لا قصاص بجهلهم ، قال صاحب التقريب : لكن الدية مؤجلة ؛ فإنه قريب من شبه العمد) .

قلت : ما ذكره الشيخ هنا : أنه لو ضرب شخصًا ضربًا يقتل المريضَ دون الصحيح وجهل كَوْنَه مريضًا أن الأظهر : وجوب القصاص ، ثم قال : (وفيه وجه) وذكر في أول الجنايات وقال : (فإن قيل : لو ضرب شخصًا ضربًا يقتل المريضَ غالبًا لكنْ ظنَّه صحيحًا ، قلنا : يجب القصاص ؛ لأن هذا الظن إذا لم يُثْبِت العدوانَ في القتل فهو في نفسه قاتلٌ ، فلا يكون معذورًا بجهله ،بخلاف ما لو صدر هذا من مؤدب) وإذا كان كذلك كان مقتضاه أن نذكر فيه الخلاف المذكور في مسألتنا ، ومعلوم أنه لا فرق بينهما ، كما لا يخفى .

قلت : المسألتان واحدة ، وإنما ذكر ذلك في أول الجنايات ولم يتعرض فيه لذلك الوجه ، وذكر في الرجوع عن الشهادة ؛ لأن تخريج ذلك الوجهِ من المسألة المذكورة وهو إذا قالوا : تعمدنا ... إلى آخره ، فإذا كان كذلك كان ذكرُه فيها الخلاف أولى من غيره ، وهذا الاعتراض ضعيف جدًّا ، وإنما ذكرناه لكون بعض الفقهاء يستشكله » . إشكالات الوسيط (ق ١٩٢ / ب - ١٩٣ / ب) .

الطرف الثاني
فيما لا تَدَارُكَ له كالعتق والطلاق

وموجبه الغرمُ (١) . وفي مقدار ما يجب على الراجع في البضع قبل المسيس وبعده ، كلامٌ سَبَقَ (٢) ، ونذكر الآن فرعين :

الأول : لو شهد رجل وامرأتان على العتق مثلًا (٣) ، فالغُرْمُ الواجبُ ، يجب على الرجل النصفُ ، وعلى المرأتين النصفُ (٤) . ولو كانوا (٥) عشر نسوة ، فليس عليهن إلا النصفُ ؛ إذ نصْفُ البينة قام بالرجل .

أما إذا شهد رجلٌ وعشرُ نسوةٍ على رضاعٍ مُحَرِّمٍ أَوْجَبَ التفريقَ بين الزوجين ، ثم رجعوا

---

(١) يعني على الشهود ، ولا يرتفع الفراق الذي حكم القاضي به .

(٢) إنْ حكم القاضي بالفراق بعد الدخول ، فعلى الشهود الراجعين مَهْرُ المثل على المشهور ، وكذلك عليهم جميع مهر المثل إن كان الفراق قبل الدخول على المذهب . انظر الروضة (١١ / ٣٠٠) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (لو شهد رجل وامرأتان على العتق مثلا ... الخ) قال هذا ، مع أنه قد عُرف أن العتق لا يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين فيحتاج إلى تصوير ، وهو يكون فيما إذا شهدوا للمكاتب على أداء النجوم غلطًا ، وفيما إذا شهدوا بشراء القريب وعتق ثم رجعوا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٩ / أ) .

(٤) قال الحموي : « قوله فيه : (ولو شهد رجل وامرأتان على العتق مثلًا ، ثم وقع الرجوعُ ، فيجب على الرجل النصف وعلى المرأتان النصف) .

قلت : ما ذكره الشيخ هنا يقتضي أن تُقْبَل شهادةُ النساء على العتق ، وليس ذلك منقولًا بالاتفاق كما لا يخفى .

قلت : عنه جوابان : أحدهما : أن يفرض أن عبدًا كاتَبَه سيدُه على نَجْمَيْنِ مثلًا ، ثم دفع إلى سيده ما قدر عليه من النجم الأول ، وأن السيد طالَبَ المكاتبَ بالنجم الآخر ، فقال [له] المكاتب : سلَّمْتُه إليك ، وأقام على ذلك شاهدًا وامرأتين : أنه دفع إليه المقرر في النجم الثاني ، ففي سماع هذه البينة خلاف مشهور . فإن قلنا : تسمع – وهو الأصح – ، فتكون شهادةً على العتق كما لا يخفى ، بخلاف النجم الأول فإنه لا يلزم منه الإعتاق بالاتفاق ، فعلى هذا يكون على الرجل النصفُ وعلى المرأتين النصف بعد الرجوع . وأما الجواب عن الثاني فظاهر :

قلت : أمكن أن يقال : هاهنا الشهادة على المال ، ويكون تقديرُ الكلام : لو شهد مثلًا على أصل العتق شاهدٌ وامرأتان ... إلى آخره ، فإنه جائز ؛ لأنه لما كان المعلومُ من مذهب الشافعي (رضي الله عنه) أنه لا يجوز شهادةُ رجل وامرأتين على العتق ، حَذَفَ المضافَ وأقام المضافَ إليه مقامه كقوله تعالى : ﴿ واسأل القرية ﴾ وكون الشهادة حينئذ على المال ، ويكون مخصوصًا بالعتق حيث وقع فيها الإعتاق ، وبه خرج الجواب » . إشكالات الوسيط (ق ١٩٣ / ب ، ١٩٤ / أ) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « كنّ » .

بعد التفريق ، فيقسم الغرمُ باثني عشر سهمًا ، على الرجل سهمان ، وعلى كل امرأةٍ سهمٌ ، ونُنزِّل امرأتين منزلةَ رجلٍ ؛ لأن هذه الشهادة تنفرد بها النساءُ ، فلا يتعينُّ الرجلُ بشطر هذه الحجة .

ولو رجع الرجلُ وستُّ نسوةٍ ، فقد : أَصَرَّ أربعُ نسوةٍ يستقللن بإثبات الرضاع ، ففي وجوب شيء على الراجعين وجهان :

الصحيح : أنه لايجب ؛ لأن الحجةَ بَعْدُ قائمةٌ .

والثاني : أنه يجب على الراجعين بقدر حصتهم .

أما لو رجع معه سبعُ نسوة : بطلت الحجة ، فَعَلَى الوجه الضعيفِ : عليهم حصتُهم ، وهي سبعة من اثني عشر . وعلى الصحيح : إنما بَطَل ربعُ الحجة ؛ فعليهم رُبُعُ الغُرْم .

الفرع الثاني (١) : أنّ شهود الإحصان ، هل يُشَاركون شهودَ الزنا في الغرم عند الرجوع ؟ فيه قولان .

أحدهما : نعم ؛ إذ تَمَّ الرجْمُ بهم .

والثاني : لا ؛ لأنهم ما شهدوا إلا على خصالِ كمالٍ (٢) .

وكذا الخلافُ في شهود التعليق والصفة (٣) ، فإن قلنا : يجب ، ففي حصتهم وجهان :

أحدهما : التسوية .

والثاني : أنه يجب عليهم الثلثُ ؛ إذ يكفي في الإحصان شاهدان ، وفي الزنا أربعة . ويتفرع من هذا ، أنه لو شهد على الإحصان شاهدان ، وعلى الزنا أربعةٌ ، ورجع أحدُ شاهِدَيِ

(١) في الأصل : « الثاني » ، وكلمة : « الفرع » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) والأظهر أنهم لا يغرمون . انظر الروضة (١١ / ٣٠٥) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « التعليق بالصفة » . والمقصود أنه إذا علق طلاق زوجته على صفة معينة كالخروج من الدار مثلًا ، فشهد شاهدان بأنه علَّق طلاقها على الخروج ، وشهد آخران أنه وقعت منها هذه الصفة – وهي الخروج من الدار – فهل يغرم شهود التعليق مع شهود وقوع الصفة إذا رجعوا ؟ الأصح أنهم لايغرمون كما سبق في شهود الإحصان مع شهود الزنا إذا رجعوا .

الإحصان ، ففي قول : لا شيءَ عليه . وفي قول : يجب السدس ، وهو قول التثليث . وفي قول : يجب الربع ، وهو قول التسوية بين الإحصان والزنا (١) . وكذلك يتفرع صورٌ في زيادة الشهود على العدد الواجب ، وفي رجوع بعض شهود الزنا ، ولايَخْفى تخريجها (٢) - على الأقوال السابقة - على مُتَأَمِّلٍ .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « بين الزنا والإحصان » .

(٢) في (أ) . (ب) : « تخريجهما » .

الطرف الثالث

فيما يقبل التدارك

كما لو شهِدَا على عينِ مالٍ ، ورجعا بعد التسليم ، فلا يُقْبل رجوعُهما في الاسترداد ، وفي وجوب الغرم - للحيلولة - قولان :

أحدهما : لا يجب ؛ لأنه يتوقع إقرار الخصم ، فكيف يغرم والعينُ قائمٌ ، لا كالعتاق والطلاق اللذين [1] لا تَدَارُك لهما .

والثاني : وهو الأقيس [2] ، أنه يجب ؛ لأنّ الحيلولة تَنَجَّزَتْ ، وإقرارُ الخصم بعيدٌ . وكذا القولان فيمن أقرّ بدارٍ لزيد ، ثم لعمرٍو ، وتُسَلَّم الدارُ إلى زيد . وهل يغرم القيمة لعمرو ؛ للحيلولة ؟ فيه قولان .

فرع : لو ظهر كونُ الشاهدَيْنِ : عبديْنِ ، أو كافريْن ، أو صَبِيَّيْنِ : انتقض القضاءُ وبَانَ أنه لا طلاقَ ولا عتاق [3] ، وكذا إن كانا [4] فاسقيْنِ وقلنا : ينقض [5] القضاء . وإن كان ذلك أمرًا لا يُتَدارَك - كقَتْلٍ - فيجب الغرمُ على القاضي بخطئه [6] . ومحلُّه مالُه ، أو بيتُ المال ؟ فيه قولان [7] . ولا يُرْجَع على الصبيين ؛ لأن التقصير من جهته ، إذ لم يَبْحث . ولا على الفاسقين ؛ فإنهما معذوران في كتمان الفسق . وهل يرجع على العبدين والكافرين ؟ فيه قولان ، ذكرنا

---

(١) في الأصل : « الذي » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) قوله : « وهو الأقيس » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) أي لم يقع الطلاق ولم يقع العتق . فإذا شهد كافران أو عبدان أو صبيان بطلاق امرأة ، وحكم به القاضي ، لم يقع الطلاق عليها وهي زوجته كما كانت ، فإن كانت حيةً رجعت إليه ، وإن كانت قد ماتت ، فقد ماتت وهي زوجة له فيرثها .

(٤) في (أ) ، (ب) : « إذا كانا » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « ينتقض » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « بخطئه لتقصيره » . وفي نسخة أخرى : « فيجب الغرم على القاضي لتقصيره » .

(٧) والأظهر أن الغرم على عاقلة القاضي . انظر الروضة (١١/٣٠٨) .

تفصيلَهما [١] في كتاب « ضمان الولاة » [٢] .

* * *

---

(١) في الأصل : « ذكرنا تفصيله » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في الأصل : « ضمان الولاية » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

كتاب الدعوى والبينات

ومجامع الخصومات يحويها خمسة أركان : الدعوى ، والإنكار ، واليمين ، والنكول ، والبينة (١) .

الركن الأول / : الدعوى . ٣٠٠/ب

ونُقَدِّم عليها (٢) مقدمةً في بيان من (٣) يحتاج إلى الدعوى . فنقول : مَنْ له حقٌّ عند إنسان ، فلا يخلو : إما أن يكون عينًا ، أو عقوبة ، أو دَيْنًا .

أما العينُ ، فله أن يَنْتزعه من يده - إنْ قدر عليه - قهرًا إذا كان لا يُؤَدي ذلك إلى تحريكِ فتنةٍ .

وأما العقوبة ، فلا يَسْتقلُّ باستيفائها أصلًا دون القاضي ؛ لِمَا فيه من الخطر .

وأما الدَّيْنُ ، فإن كان على معترِفٍ مُمَاطِلٍ أو مُنْكِرٍ يُمْكِنُ رفعُه إلى القاضي ، فلا يجوز الانفرادُ باستيفائه ؛ إذ لا يتعينَّ حقُّه من الدَّيْن إلا بتعيين (٤ مَنْ عليه ، أو بتعيين ٤) القاضي . فإن

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (ومجامع الخصومات يحويها خمسة أركان : الدعوى ، والإنكار ... إلى آخره) لم يذكر الإقرار ، وهو منها . وسنذكره في جواب الدعوى . وكان ينبغي أن يقول : (الدعوى وجوابها) حتى يشمل الإنكار والإقرار ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٧/ب) .

قال الحموي : « قوله في كتاب الدعوى والبينات : (وأركان الدعوى خمسة : الدعوى ، والانكار ، واليمين ، والنكول ، والبينة) .

قلت : ركنُ الشيء ما هو داخلٌ في حقيقته ، وإذا كان كذلك اقتضى أن تتوقف صحةُ الدعوى على الإنكار واليمين والنكول ، وإنه ليس كذلك ؛ فإنه مهما [كان] المدعى أهلًا للدعوى ، وكانت دعواه على من هو أهلٌ للدعوى : صحَّتْ دعواه ، وإذا كانت صحيحةً وإن لم يوجد ما ذكره ، وأيضًا فإذا ذكر الدعوى أولًا وجعل أركانها خمسةً ، ثم ذكر الدعوى من جملتها ، وذلك يقتضي أن تكون ركنًا في نفسها ، وليس يحسن ذلك كما لا يخفى .

قلت : أراد الشيخ بأركان الدعوى أركانَ الخصومات المتعلقة بالدعوى ، وإذا كان كذلك صحَّ أن تكون أركانًا للخصومات ؛ فإنها لا تنفك عن الخمسة ، ويلزم من هذا أن لا تكون ركنًا لنفسها وبه زال الإشكال » . إشكالات الوسيط (ق ١٩٤ /أ ، ١٩٤ / ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ونقدم عليه » . وهو صوابٌ أيضًا ؛ إذ الضمير هنا يعود على « الركن » .

(٣) في نسخة أخرى : « ما » . كذا على هامش الأصل .

(٤) في الأصل : « بتعينٌ » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

تعذَّر رَفْعُه إلى القاضي لِتعزُّزِه ، أوتَوَاريه ، أو هَرَبِه ، فإذا ظفر بجنس حقِّه ، فله أنْ يأخذه ويتملكه مُسْتبِدًّا . فإن ظفر بغير جنس حقِّه ، ففي جواز الأخذ قولان :

أحدهما : نعم ؛ لقوله (عليه الصلاة والسلام) لِهِند : « خُذِي ما يكْفيكِ وولَدكِ بالمعروف » [(١)] . ولم يُفَرِّقْ بين الجنس وغيره [(٢)] .

والثاني : لا ؛ لأنه كيف يتملَّك وليس من جنس حقه ؟ وكيف يبيع مِلْكَ غيره بغير إذنه ؟ .

فإنْ قلنا : يأخذ ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : وهو القول المشهور ، أنه يرفع إلى القاضي حتى يبيع بجنس حقه . ولم يَذْكر القَفَّالُ غَيْرَ هذا .

والثاني : أنه ينفرد ببيعه كما ينفرد بالتعيين [(٣)] في جنس حقّه ؛ فإنّ هذه رخصةٌ . ولو كلف ذلك كلفه القاضي البينةَ ، وربما عَسُرَ عليه .

والثالث : أنه يتملك [(٤)] منه بقدر حقه ، ولا مَعْنى للبيع . وهذا بعيدٌ في المذهب وإن كان متجهًا .

فإن قلنا : يبيع ، فإن [(٥)] كان حقُّه نَقْدًا باع بالنقد . وإن كان حنطة أو شعيرًا ، قال القاضي : يبيعُ بالنقد ، ثم يشتري به الحنطة فإنه كالوكيل المطلق لا يبيع بالعرض . وقال غيرُه – وهو الأصحّ – : يبيع بجنس حقه ولا معنى للتطويل .

هذا كلُّه فيمن له بينةٌ ، فإن لم يكن ، وعَلِمَ أنه لو رفَعه إلى القاضي لجحدَ وحلف [(٦)] ، فكلامُ

---

(١) قال ابن الصلاح : « حديث هند أمّ معاوية بن أبي سفيان ، حديثٌ ثابت في الصحيحين ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٧/ب) .

قلت : سبق تخريجه ص (٦٥٠) من كتاب « النكاح » .

(٢) والمذهب أنه إن لم يجد إلا غير جنس ماله : جاز الأخذ منه ، وبه قطع الجمهور . انظر الروضة (٣/١٢) . الغاية (١٠٢٩/٢) .

(٣) في الأصل : « بالتعينُ » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) في الأصل : « يملك » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فلو » .

(٦) قال الحموي : « قوله فيه : (وأما الدين على معترفٍ مماطلٍ أو منكر لا يمكن رفعُه إلى القاضي ؛ لتعذره أو تواريه أو هربه ، وإذا ظفر بجنس حقِّه فله أن يأخذه ويتملكه ، وإن ظفر بغير جنس حقه ، ففي جواز الأخذ قولان ... إلى =

القفَّال في تكليفه بالرجوع إلى القاضي - في البيع وإقامة البينة - يُشْعِر بأنه لا يأخذ شيئًا ، وإنما له حقُّ التحليف فقط . ولا يَبْعُد عندي أنْ يجوز له الأَخْذُ إذا ظفر به (١) ؛ لأن المقصود إيصالُ الحقِّ إليه إذا تعذَّر .

فروع

الأول : لو تلفت العينُ المأخوذة قبل بيعه ، فهي من ضمانه ، وليس له الانتفاعُ [به] (٢) قبل البيع ، وعليه مبادرةُ البيع . فلو قصر فنقصت القيمةُ ، كان محسوبًا عليه . وما ينقص قبل التقصير فليس عليه (٣) . والزيادةُ على مقدار حقِّه في ضمانه ؛ لأنه مُتَعَدٍّ في أَخْذِهَا إلا إذا كان

= قوله : هذا كله فيمن له بينة ، وإن لم يكن له بينة ، وعلم أنه لو رفعه إلى القاضي لجحده وحلف) .

قلت : الصحيح من المذهب : أن الأخذ لا يجوز على تقدير إمكانِ ثبوت الحق بالبينة ، بسبب تعذُّره أو تواريه وغير ذلك ، وإنما يكون [ذلك] على ما أشار إليه الشيخ إذا لم يكن [له] بينة ، ولم يكن مقرًا ، وإذا كان كذلك كان مخالفًا لما ذكره جميع الأصحاب ، هذا مع أنه لم يذكر فيه خلافًا .

قلت : أمكن أن يقال : مراد الشيخ بقوله : (هذا [كله] فمن له بينة) وتعذر ذلك بسبب غيبة أو معاندة من الحاكم ، أو لكونه جعل التعوُّذَ والاستتارَ عذرًا لأخذ حقه منه ، إذا لم يأخذ لتضرَّرَ بذلك ، بخلاف من لم يكن متعذرًا ولا مستترًا [وما ذكره الأصحاب من الخلاف محمولٌ على غير المعذر والمستتر] ، وهو متجه وإن لم يكن منقولًا ، أو نقول : لعله اختار الجواز من الخلاف المذكور ؛ لكونه ترجَّح عنده لما ذكرناه ، ولم يذكر غيره لضعفه وبه خرج الجواب » . إشكالات الوسيط (ق ١٩٤ / ب ، ١٩٥ / أ) .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله - بعد ذكر التفصيل المعروف فيما إذا ظفر رب المال بشيء من مال المديون الممتنع - : (هذا كله فيمن له بينة . فإن لم يكن ، فكلام القفالِ يُشْعر بأنه لا يأخذ شيئًا . ولا يَبْعد عندي أنه يجوز له الأخذ إذا ظفر به) فاعتمد (رحمه الله وإيانا) في حكم هذا على إشعارٍ من كلام القفال واحتمالٍ من عنده . والحكمُ في ذلك منقولٌ على التصريح في كتب المذهب في طريقتي خراسان والعراق . ثم هو على العكس مما وقع له : فإنهم قالوا : يجوز الأخذُ إذا لم تكن له بينة . وإن كانت له بينة ، ففي جواز الأخذ وجهان .

ثم فيما ذكرَه من الإشعار نظرٌ ؛ فإنه لا يلزم من وجوب الرفع إلى القاضي - عند إمكان البينة - مثلُ ذلك عند عدمها ، بل المتّجِهُ عند ذلك : إمّا قولُ من قال : يبيع بنفسه - وهذا هو الأصح عند الفوراني - وإمَّا الرفْع ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٧/ب) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وعليه مبادرة البيع . فلو قصّر ، ونقصت القيمة ، كان محسوبًا عليه . وما ينقص قبل التقصير فليس عليه) هذا إنما هو فيما إذا نقصت قيمتها بانخفاض السعر وباعها واستوفى ثمنها . أما إذا ردّ العين ، فلا شيء عليه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٨/أ) .

حقُّه خمسين ، ولم يَظْفر إلا بسيف يُسَاوي مائةً ، ففي دخول الزيادة في ضمانه وجهان :

أحدهما : نعم كالأصل .

والثاني : لا يضمن ؛ لأنه لم يأخذ بحقه ، فكان معذورًا فيه [(١)] ، بل قال القاضي : لو احتاج إلى نَقْبِ جدارِه ، فليس عليه ضمانُ النَّقْب ؛ إذْ به يتوصَّلُ إلى حقه .

الفرع الثاني [(٢)] : لو كان حقه صحاحًا [(٣)] ، فظفر بالمكسور ، جاز له أن يتملّكه ويَرْضَى به . ولو كان بالعكس فلا يتملكه ولا يَبيعه بالمكسَّر مع التفاضل ؛ لأنه ربًا ، بل يبيع بالدنانير ، ويشتري به قَدْرَ حقّه . ويُخَرَّج جوازُ أَخْذِه على القولين ؛ لأنه إذا احتاج إلى البيع ، فهو كغير جنس حقه . ومنهم من قال : هو كجنس حقه ، ولكنْ لابدّ من البيع ؛ للضرورة .

الفرع الثالث [(٤)] : إذا استحق شخصان ، كلُّ واحدٍ منهما على صاحبه ما لايحصُل فيه التقاصُّ إلا بالتراضي ، فَجَحَدَ أحدُهما ، فهل للآخر أنْ يَجْحَد حقَّه ؟ فعلي وجهين [(٥)] يلتفتان إلى [(٦)] الظفر بغير جنس حقه [(٧)] .

هذه هي المقدمةُ ، رجعنا إلى الركن الأول ، وهي الدعوى [(٨)] . والأصلُ فيها قولُه ﷺ : « البَيِّنَةُ عَلَى المدَّعي ، والْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ [(٩)] » وفي حدّه قولان :

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (٦/١٢) .

(٢) كلمة : « الفرع » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) يعني دراهم صحيحة .

(٤) كلمة « الفرع » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذا استحق كل واحد منهما ما لا يحصل التقاصّ فيه إلا بالتراضي ، فجحد أحدهما : فهل للآخر أن يجحد حقه ؟ فعلى وجهين) هذا في « النهاية » و « البسيط » مفروض في الرتبتين المتجانسين على قولنا : لا يحصل التقاصّ فيها إلا بالتراضي ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٨/أ) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « على » .

(٧) والأصح أنه يجوز له أن يجحد ؛ إذا جحد صاحبُه حقَّه . انظر الروضة (٦/١٢) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « وهو الدعوى » .

(٩) قال ابن الصلاح : « قوله : (والأصل فيه قوله ﷺ : « البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر » . إسناده حسن من حديث ابن عباس (رضي الله عنهما) أخرجه البيهقي في السنن الكبير ، وخرّج الترمذي نحوه بإسناد ضعيف » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٨/أ) .

أحدهما : أنَّ المدعي هو الذي يُخَلَّى وسكوته (١) .

والثاني : أنه الذي يَدَّعي أمْرًا خَفِيًّا على خلاف الأصل (٢) .

ويظهر أَثَرُ هذا في الزوجين إذا أسْلما قبل المسيس ، فقال الزوج : أسلمنا معًا ؛ فالنكاحُ

---

(١) يعني : لا نطالبه بالبينة إذا ترك الخصومة ، فلا يُجبر على إظهارها ، وذلك لأنه طالِب لا مطلوب .

(٢) وهذا القول هو الأظهر عند الجمهور ، أن المدعي هو من يدعي أمرًا خفيًّا يخالفُ الظاهرَ . والمدعى عليه : هو مَنْ يوافق قولُه الظاهرَ . انظر الروضة (٧/١٢) . المنهاج ص (١٥٥) . الغاية القصوى (١٠٢٩/٢) .

قال الحموي : « قوله فيه أيضًا : (وفي حد المدعى قولان : أحدهما : هو الذي يخلى وسكوته ، والثاني : هو الذي يدعي أمرًا على خلاف الظاهر) .

قلت : ذكر الشيخ أن قائل هذا الخلاف يظهر فيما إذا أسلم الزوجان قبل المسيس ، فقال الزوج : أسلمنا معًا ؛ فالنكاح باقٍ . وقالت المرأة : بل على التعاقب . ثم ذكر أن القول قولها ، من حيث إن المدعي هو الذي يدعي أمرًا خفيًّا ، فإن الغالب التعاقب في الإسلام ، والتساوي خَفِيٌّ ، فإن قلنا : إنه لا يخلى وسكوته ، فهي مدعية ، والقول قول الزوج ؛ لأنه هو الذي يخلى وسكوته . ثم بعد ذلك قال : (المدعى هو الذي يخلى وسكوته) وفيه نوع مناقضة كما لا يخفى . وإذا كان كذلك فلا تحديد فيما ذكره .

قلت : تصور هذه المسألة على الوجه المرضي موقوفٌ على معرفة البحث فيها ، وإذا كان كذلك فأقول : ذكر الشيخ حد المدعي والمدعى عليه على الإطلاق ، ثم استثنى بعد ذلك هذه الصورة ؛ [لأن المدعى فيما سوى هذه الصورة] هو فيما إذا ادعى إنسانٌ على إنسان شيئًا وفرعنا على أن المدعي هو الذي يخلى وسكوته ، لم يكن فيه فائدة ، فإنه لو سكت ولم يطلب خُلِّيَ وسكوته .

وإن قلنا : إنه هو الذي يدعي أمرًا على خلاف الظاهر . فتَرَكَ الدعوى : جاز له ، ولا يُلْزِمُه الحاكمُ بأن يلتزم تمام الدعوى ، فإذا كان كذلك لم يكن على كلا التقديرين فائدةٌ زائدة على الحل الآخر ، وهو الذي ذكرناه في المدعي ، وأما المدعى عليه فيكون القول قوله مع يمينه على الحدين جميعًا ؛ لأن الأصل براءةُ الذمة .

إذا ثبت هذا رجعنا إلى مسألتنا ، فإن قلنا على أصل القاعدة : إن المدعي هو الذي يخلي وسكوته ، فهنا الزوج لا يخلى وسكوته ، وإنما يحلف هنا عن الأصل من [حيث] إن المرأة قد أقرت بزوال النكاح ، فلا يمكن للزوج وطؤها من غير يمين ، وإنما كان كذلك ؛ مؤاخذةً لها بإقرارها ، فعلى هذا تكون المرأةُ مدعيةً والزوج مدعًى عليه فيحلف ، فإن حلف ثبت حقُّه ، وإن نكل كان كسائر الدعاوى .

وإن قلنا : إن المدعي هو الذي يدعي أمرًا على خلاف الظاهر ، وكان هذا جريًا على الأصل على ما بيناه ، وإنما كان كذلك ، لأن التساوق في الإسلام بعيد ، وهو مدعٍ له ، وأما المدعى عليه هاهنا فهي المرأة ، والقول قولها كما لا يخفى . إذا ثبت هذا فالموضع الذي قال فيه : (المدعى : هو الذي يخلى وسكوته) أراد به في هذه الصورة المذكورة ، وإذا كان كذلك اندفع الإشكال » . إشكالات الوسيط (ق ١٩٥ / أ - ١٩٦ / ب) .

دائم . وقالت : بل على التعاقب . فالقولُ قولُها إنْ قلنا : إن المدعي هو الذي يَدَّعِي أمرًا خفيًا ؛ فإنَّ الأغلبَ التعاقُبُ في الإسلام ، والتساوقُ خَفِيٌّ [١] . وإن قلنا : إنه الذي يُخَلَّى وسكوتَه ، فهي مُدَّعِيةٌ ؛ فالقول قولُ الزوج ؛ لأنه الذي لا يُخَلَّى وسكوته ، وقد قال مالك (رحمه الله) : لا تسمع الدَّعْوَى على مَنْ لا معاملة بينه وبين المدَّعَى عليه . وهو ضعيفٌ . [وقال الإِصْطَخْرِيُّ : لا تسْمع دَعْوَى الخسيس على الشريف في تزويج ابنته ، ولا تُسْمع أيضًا دعوى فقيرٍ على سلطان ، أو على أميرٍ أنَّه أقْرَضَه مالًا . وهو ضعيف أيضًا] [٢] . ولا خلافَ عندنا أنّ المودَع إذا ادّعى رَدَّ الوديعة ، صُدِّقَ بيمينه [٣] ؛ وسَببُه الحاجةُ ، فإنّ المودِع اعترف بأنه أَمِينُه [٤] ، فلزمه تصديقُه . وإذا ثبت أنّ حكم الدعوى توجّه اليمين بها على المدَّعَى عليه ، فلا بد من دعوى صحيحة ، وهي الدعوى المعلومةُ الملزمةُ ، ويُخَرَّج على الوصفين مسائلُ :

الأولى : أنه مَنْ يدعي / على غيره هبةً أو بَيْعًا لم تُسْمَع ؛ إذ ربما تكون قبل القبض [٥] ، ويكون البيع مع الخيار [٦] ، بل ينبغي أنْ يقول : ويلزمك التسليمُ إليَّ ، فيحلف المدَّعَى عليه أنه لا يَلزمه التسليمُ . وكذلك مَنْ قامت عليه البينة بملكٍ ، فليس له أن يُحَلِّف المدَّعِيَ مع البينة ، إلا أنْ يُنْشِيء دعوى صحيحةً ، كدعوى بيع أو إبْراء . ولو ادّعى جَرْحَ الشهود ، فعليه البينةُ . وهل له ٣٠١/أ

---

(١) يعني أنَّ تَوَافُقَ إسلامهما في لحظة : بعيدٌ ، والغالبُ في مثل هذا – أعنى الاقتناع بالإسلام والنطق بالشهادتين – أن يُسْلِم أحدهما قبل الآخر . فلو فرضنا –جدلا – أنهما أسلما في لحظة واحدة ، فهذا يحتاج إلى بينه ؛ لأنه يخالف العادة في مثله .

(٢) ما بين الحاصرتين زيادةٌ من (أ) ، (ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولا خلاف عندنا أن المودع إذا ادعى ردّ الوديعة ، صُدِّقَ بيمينه) هذا مع أن الحلف المذكور في هذا المدعي ، يقتضي فيه الخلاف ؛ فإنا إذا قلنا : المدعي من يُخَلّى وسكوته ، فالمودَعُ : مُدَّعًى عليه ؛ فإنه لا يخلى وسكوته ، فتصديقُه جارٍ على القاعدة . وإذا قلنا : المدعي من يدعي أمرًا خفيًا ، فالمودع كذلك ؛ فينبغي أن لا يُقْبل قولُه مع يمينه ، لكن خالفْنَا القاعدةَ فيه ؛ لأن صاحب الوديعة ائتمنه ، فلو كذَّبْناه ، نَسَبْناه إلى الخيانة ، والأصلُ بقاء الأمانة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٨/ب) .

(٤) أي مَأْمُونُه ، فالمودَع لديه مأمونٌ عند المودِع ؛ وإلا لما أودع عنده شيئًا .

(٥) أي تكون الهبة قبل قبضها ، ومعلومٌ أن الهبة قبل قبضها لا تلزم .

(٦) أي ويرجع البائع في مدة الخيار التي اشترطاها ساعة البيع ، ومن ثم فلا يلزمه إمضاءُ هذا البيع .

تحليفُ المدَّعِي على نَفْيِ العلم بفسقهم ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ إذ ليس يَدَّعي حقًّا لازمًا (١) .

والثاني : أنه يُسمع ؛ لأنه ينتفع به في حقّ لازمٍ كما لو قذف ميتًا وطلب الوارثُ الحدَّ ، فإنّ له أنْ يَطْلُب يمين الوارثِ على نَفْيِ العلم بزنا المقذوف (٢) . وكذا يجري الوجهان فيما لو ادّعى على إنسانٍ إقرارًا بحقٍّ ؛ لأن الحقَّ لا يُسْتحق بالإقرار ، ولكنْ ثبوتُه يُوجِبُ الحقَّ ظاهرًا ، ففي التلحيف به وجهان ، وكذلك إذا قال - بعد قيام البينة - : قد أَقَرَّ لي بهذا . وكذلك إذا توجه اليمين على المدعى عليه ، فقال : قد حَلَّفني به مرّة (٣) ، وأراد أن يحلفه عليه ، ففي سماع هذه الدعاوى (٤) وجهان . مأْخَذُهما : أنَّ ما ليس عَيْنَ الحقِّ - ولكنْ ينفع في الحقّ - فهل تسمع الدَّعْوَى به ؟ .

ولا خلافَ أنه لا تسمع الدّعوى على الشاهد والقاضي بالكذب ، ولا يتوجه الحلف وإن كان ينفع ذلك ؛ لكنْ يُؤَدِّي فَتْحُ بابِه إلى فسادٍ عظيم عام .

المسألة الثانية (٥) : لو قال المدَّعَى عليه - وقد قامتْ عليه البينةُ - : أمْهِلوني ؛ فإنّ لي بينةً دافعة حتى أُحْضِرها . قال الأصحابُ : يُمْهل ثلاثة أيام (٦) . وقال القاضي : بل يومٌ واحد ؛ لأنه يُشْبه أن يكون مُتَعنتًا (٧) .

---

(١) قال في الروضة (١٢/١٢) : « ذكر البغويُّ أن الأصحّ أنه لا يحلفه إذا ادَّعي فسْقَ الشهودِ أو كذبهم » .

(٢) قال في الروضة (١٢/١٢) : « وإن كان المقذوف مَيِّتًا ، وأراد القاذف تحليف الوارث أنه لا يعلم زِنى مورِّثه : حلف . وهذه الصورة محكيّة عن النصّ » .

(٣) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من الوجهين فيما إذا قال المدعى عليه : قد حلّفني مرة ، إنما هو فيما إذا ادعى وقوع ذلك عند قاضٍ آخر . أما إذا ادعى ذلك في مجلس هذا القاضي ، فإنه يرجع إلى تذكُّرِه ، وإذا لم يتذكره ، لم يلتفت إلى دعواه . قطع به صاحب « النهاية » والله أعلم . المشكل (جـ٢ ق ١٩٨/ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « الدعوى » .

(٥) كلمة : « المسألة » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) وهذا هو الصحيح كما في الروضة (١٣/١٢) .

(٧) قال ابن الصلاح : « ذكر أن المدعى عليه إذا قامت عليه البينة ، فقال : أمهلوني ؛ فإن لي بينة دافعة حتى أُحضرها . قال الأصحاب : يمهل ثلاثة أيام . وقال القاضي : بل يومًا واحدا ؛ لأنه يُشْبه أنْ يكون متعنتًا : هذا نقله =

ولو قال : أَبْرَأني عن الحقّ ؛ فحلِّفوه : سُمِعَ ، فيحلف المدَّعي أولًا ، ثم يُسْتوفى . وقال القاضي : بل يُسْتوفى [أولًا ثم يحلف] (١) ؛ لأنَّ هذه خصومةٌ جديدة . وهو بعيدٌ . نعم ، لو قال : لي بَيّنةٌ على بَيْعه مِنّي أو على الإبراء ، فيجوز أنْ يُقَال : هذا يحتاج إلى مهلة فلا يمهل (٢) ، أمّا التحليفُ في الحال فيمكن (٣) ، فكيف يُؤَخَّر ؟ . ولو قال : أَبْرَأني عن الدعوى ، فهذا لا يُسمع ؛ إذ لا معنى للإبراء عن الدعوى إلا الصلح (٤) على الإنكار . وهو فاسد . وقال الإصطخري : يُسْمع .

الثالثة : في الدعوى المطلقة وفي البيع والنكاح (٥ نصوصٌ مختلفةٌ . وحاصلُها في البيع قولان ، وفي النكاح ٥) ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لابد من التفصيل بذكر الوليّ والشاهدِ ورضاها (٦) . ولا خلافَ أنه (٧ لا يُشْترط انتفاء الموانع المفسدات ٧) : من الرِّدة ، والعدة ، والرضاع .

والثاني : أنه يكفي دعوى النكاح . ولا خلاف أنَّ من ادعى دينًا أو عينًا (٨) لا يلزمه ذِكْرُ

= عن القاضي صاحب « النهاية » مخصوصًا بما إذا قال : حلَّفتني مرةً ، فأمهلوني حتى أُقيم البينة على ذلك . وهذا هو اللائق بكلام القاضي وتغليطه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٨/ب) .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) قوله : « فلا يمهل » ساقط من (أ) ، (ب) . وقال ابن الصلاح : « ذكر صاحب الكتاب أنه لو قال : لي بينة على الإبراء ، لم يمهل . وهذا مشكل على كلام صاحب الكتاب ؛ فإن بينة الإبراء دافعة أيضًا ، ولكن وجهه أنه في دعواه الإبراء أعرف بأصل الحق . ودعواه الإبراء خصومةٌ جديدة ، فيقال له : قد تمتِ الخصومةُ الأولى ؛ فاخْرُجْ عن موجبها ، وأَوْفِ ما ثبتَ عليك ، ثم تستأنف خصومتك ، فإنْ أثبتّ الإبراء ، استرددتَ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ق ١٩٩/أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ممكن » .

(٤) في الأصل : « إلا يصلح » والمثبت من (أ)، (ب) .

(٥) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٦) وهذا القول هو الأظهر . انظر الوجيز (٢٦١/٢) . الروضة (١٤/١٢) . المنهاج ص (١٥٥) . الغاية القصوى (١٠٢٩/٢) .

(٧) في الأصل : « ولا يشترط انتفاء ذكر المفسدات » والظاهر أنه حدث تقديم وتأخير في الجملة ، والأصل « ولا يشترط ذكر انتفاء الموانع » . والمثبت في المتن من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « عينًا أو دينًا » .

الجهة والتفصيلُ .

والثالث : أنه [١] إن ادّعى النكاحَ ، فلا بُدَّ من التفصيل . وإن قال : هي زوجتي ، فلا يحتاج إليه [٢] .

ولا خلاف أن القصاص لا بُدَّ من تفصيل الدعوى فيه ؛ لأن أمر العقوبة مخطر .

التفريع : إن قلنا : يجب التفسيرُ ؛ فيذكر في البيع أهليةَ العاقد ورضاه و الثمنَ . وإن قلنا : لا يُشْترط [٣] ، فهل يجب التقييدُ بالصحة ؟ فيه وجهان . والأصحُّ : أنه يُشْترط ؛ لأنه لفظٌ جامعٌ . ويجب القطعُ باشتراطه [٤] في النكاح . وحيث يُشْترط تفصيلُ الدعوى ، فكذلك الشهادةُ ؛ لأنها تصديقُ الدعوى ، فتُبنى عليها . والأظهرُ : أنه لا يُشْترط التفصيلُ في إقرار المرأة بالنكاح .

الرابعة : دعوى الزوجية من المرأة ، إنما تُسْمع إذا ذَكَرت النفقةَ أو المهرَ . فإنْ ذكرت مجردَ الزوجية ففي سماعها وجهان :

أحدهما : لا ؛ إذ الزوجية حقٌّ عليها ، فكأنها تَدَّعي أنها رقيقةٌ ، فليستْ دَعْوَى مُلْزِمة .

والثاني : أنه تُسمع ؛ إذ الزوجيةُ تتعلق بها حقوقُها إذا ثبتت [٥] .

فإنْ قلنا : تُسمع ، فهل تَبْطل بمجرد إنكار الزوج ؟ فيه وجهان . مَأْخَذُهما : أنَّ الإنكار هل هو طلاقٌ ؟ [٦] ، ويَتَبيَّنُ أثرُهُ في أنه لو قال : غَلطتُ في الإنكار ، هل تسلَّم الزوجةُ إليه ؟ فيه خلافٌ ، وقال القفال : تُسَلَّم إليه كما لو ادَّعَت انقضاءَ العدّة قبل الرَّجْعة ، ثم قالت : غلطتُ ؛ إذ لا خلافَ أنه تُسْمع وإن

---

(١) كلمة : « أنه » ليست في (أ) ، (ب) .

(٢) يعني لا يحتاج إلى ذكر التفصيل من الوليّ ، والشاهد وغير ذلك .

(٣) وهو ظاهر نص الشافعي (رحمه الله) كما في الوجيز (٢٦١/٢) .

(٤) أي باشتراط لفظ « الصحة » ، أي يقول المدعي : تزوَّجتها في نكاح صحيح .

(٥) والأصح سماعُ دعواها الزوجية فقط . انظر الروضة (١٥/١٢) . وصحح الغزالي في الوجيز (٦٢١/٢) أن دعواها الزوجية مجردةً لا تسمع .

(٦) في ذلك وجهان ، والأصح أن إنكاره لا يُعَدُّ طلاقًا . وعلى الوجه الثاني – الذي يَعْتبر الإنكارَ طلاقًا – تسقط دعواها ، ويَحِلُّ لها أن تنكح زوجًا غيره . انظر الروضة (١٦/١٢) .

كان لها حَظٌّ في النكاح . وهو جَارٍ في كلّ مَنْ أنكر لنفسه [حقًا] (١) ثم عادَ وادعاه .

الخامسة : إن (٢) رَأَيْنا عبدًا في يد إنسان ، وادعى (٣) أنه حُرُّ الأصل ، فالقولُ قولُه مع يمينه (٤) ؛ لأنَّ الأصل عَدَمُ الرِّقِّ (٥) ، وكونُه في يده وتصرُّفه لا يُوجِب تَصْدِيقَه ؛ لأنّ الحرية تدفع اليد . نعم ، يجوز للمشتري أنْ يعتمد اليد في الشراء مع سكوت العبد . أمّا مع تصريحه بالإنكار ، فلا . وقال الشيخ أبو محمد : لا يجوز مع السكوت ، بل ينبغي أن نسأله حتى يُقِرّ ثم يشتري .

وإن ادّعى الإعتاقَ ، فالقولُ قولُ السيد (٦) . أما الصغير المميز إذا ادّعى الحرية ، هل تُسمع دعواه ؟ فيه وجهان (٧) يلتفت على صحة إسلامه ووصيَّته ، وقد قال الشافعي / : « إن الصغير ٣٠١/ب الذي لا يتكلم كالثوب » معناه أنه لا يزال [في] (٨) يده إذا قال : هو عبدي ، ويُشْترى منه بقوله . فإنْ أسقطنا دعوى المميز ، فبلغَ وعاد ، ففي القبول وجهان :

أقيسُهما : أنه تُقْبل .

والثاني : لا ؛ إذ حكمنا عند دعواه بالملك بناءً على اليد والتصرُّفِ وسقوطِ الدعوى .

السادسة : الدعوى بالدَّيْن المؤجّل ، فيه ثلاثة أوجه :

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

(٣) يعني العبد

(٤) يعني قول العبد ويمينه . وعلى المدعي البينةُ فيما ادعاه .

(٥) قال الحموي : « قوله : (إذا كان عبدًا في يد إنسان ، فادعى أنه حرُّ الأصل ، فالقول قوله مع يمينه ؛ لأن الأصل عدم الرق) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالٌ من حيث إنه فَرَضَ أولًا ذلك عبدًا ، ثم ذكر بعده كونه حرَّ الأصل وذكر أن القول قوله ، فإذا ثبت هذا كان مخالفًا لما ذكره أولًا من فرض كونه عبدًا .

قلت : مراد الشيخ بقوله : (عبدًا) أولًا من حيث الظاهر ، فإنَّ من رأى شخصًا في يد إنسان ، وهو متصرف فيه غالبَ تصرُّفِ الملاك مع كونه مدعيًا عبوديتَه ، ولم يقع تكذيبٌ منه ، بل مجرد سكوت ، فإنَّا نحكم من حيث الظاهر أنه عبدُه ؛ بناءً على قوله ، أما إذا كان قبل دعوى حريته قد أقر بالعبودية ، فإنا بعد ذلك لا نسمع دعواه بالحرية لتعلق حقه ، وبه خرج الجواب » . إشكالات الوسيط (ق ١٩٦ / ب - ١٩٧ / أ) .

(٦) أي إذا ادعى السيد عليه أنه عبده ، وقال العبد : لكنك أعتقتني . فالقول هنا قول السيد ، وعلى العبد بينةُ العتق .

(٧) والأصح أنه لا تسمع دعواه ، ويحكم برقّه ، ولا أثر لإنكاره . انظر الروضة (١٨/١٢) . المنهاج ص (١٥٥) .

(٨) زيادة من (أ) ، (ب) .

أحدها : أنه لا تُسْمع ؛ إذ ليستْ مُلْزِمةً في الحال [(١)] .

والثاني : تُسْمع ؛ إذ تُثْبت أصلَ الحقّ للزوم في الاستقبال .

والثالث : [أنه] [(٢)] إن كانت [(٣)] له بيّنةٌ ، فتسمع للتسجيل ، وإلّا فلا .

أما دعوى الاستيلاد ، والتدبير ، وتعليق العتق بصفة : فَتُقْبل على الصحيح . ومنهم مَنْ خَرَّجَ ذلك على الدَّيْن المؤجَّل [(٤)] .

السابعة : لو ادعى شيئًا ، ولم يذكر ما هو ، فالدعوى فاسدةٌ ؛ إذْ طَلَبُ المجهولِ غَيْرُ ممكنٍ . ولو دفع ثوبًا يساوي خمسةً إلى دلال ؛ ليبيع بعشرة ، فجحد ولم يَدرِ المالكُ أنه باع أو أتلف ، فقال : أدَّعي عليه ثوبًا ، إنْ بَاعَه فَلِيَ عليه عشرةٌ ، وإن كان باقيًا فَلِيَ عليه عَيْنُ الثوبِ ، وإن كان تالفًا فلي عليه [(٥)] خمسةٌ . قال القاضي : اصطلح القضاةُ على قبول هذه الدعوى المُرَدَّدَة ؛ للحاجة . ومِنَ الأصحابِ مَنْ قال : ينبغي أن يَدَّعي هذا في دعاوى مُفْردةٍ [(٦)] . ثم إذا عيَّنَ

---

(١) وهو الأصح ، إذ لا يتعلّق بها إلزامٌ ، ولا مُطَالبة في الحال . انظر الروضة (١٨/١٢) . المنهاج ص (١٥٥) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « كان » .

(٤) قال ابن الصلاح : « الصحيح : القطع بصحة دعوى الاستيلاد والتدبير ، والعتق ، بخلاف الدين المؤجل ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٩/أ) .

(٥) قوله : « عليه » ليست في (أ) ، (ب) .

(٦) قال الحموي : « قوله فيه أيضًا : (إذا ادعى شيئًا ولم يذكر ما هو ، فالدعوى فاسدة ؛ إذ طلبُ المجهول غير ممكن . ولو دفع ثوبًا يساوي خمسة إلى دلَّال يبيعه بعشرة فجحده ، ولم يَدْرِ أنه باعه أم تلف ، فقال : أدَّعي عليه ثوبًا : إن باعه فلي عليه عشرة ، وإن كان باقيًا فلي [عين] الثوب ، وإن كان تالفًا فلي خمسة .قال القاضي : اصطلح القضاة على قبول هذه الدعوى المترددة للحاجة ، ومن الأصحاب من قال : ينبغي أن يدعي هذا في دعاوي مفردة ... إلى آخره) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه قا ل : (لو ادعى شيئًا ولم يذكر ما هو ، فالدعوى فاسدة) ، ومعلوم أنه لو ادعى في الوصية شيئًا مجهولًا صحَّت دعواه ، وكذلك لو ادعى أنه أقر له بشيء مجهول فإن دعواه تُسْمَع عند بعض أصحابنا ، وإذا كان كذلك كان ينبغي له أن يفصله فيقول : إن كان ذلك في الوصية جاز ، وإن كان في الإقرار ففيه خلاف ، وإن كان في غيرهما لم يجز ، على ما ذكره .

الثاني : ما ذكره من قوله : (إن باعه فلي عشرة ، وإن كان باقيًا فلي عين الثوب) فذلك ظاهر ، وأما (إن كان تالفًا فلي خمسة) فليس على إطلاقه ، فإنه لو تلف في يد الدلّال قبل الجحود لم يكن لم مطالبتُه من حيث إنه =

واحدًا (١) رآه أقربَ ، فنكل (٢) ، فهل [له أن] (٣) يستدل بنكوله ويحلف كما يستدل بخط أبيه ويستفيد به ظَنًّا ؟ فيه وجهان (٤) . وكذا في المودَع إذا نكل عن يمين التلف ، فهل يحل الحلف ؛ استدلالًا بنكوله ؟ فيه خلافٌ (٥) .

* * *

= وكيله ، وإذا كان كذلك كانت دعواه في التلف مترددةً بين الاستحقاق وعدمه ، فإنه جَعَل الاستحقاقَ بالقيمة متوقفًا على الجحود ، وإنه ليس كذلك لما بيناه .

قلت : أما الجواب عن الإشكال الأول فظاهر ، ومراده بذلك ما سوى الوصية [أو الإقرار على أحد الوجهين] ، فإنه قد علم أنه مستثنىً في موضع آخر فيُحْمَل إطلاقه هاهنا على ما عدا ذلك .

وأما الجواب عن الإشكال الثاني فظاهر أيضًا ، فإن مراد الشيخ بقوله : (وإن كان تالفًا) إما بإتلاف الدلال أو بتفريطه ، وإذا كان كذلك صحت دعواه ؛ بناءً على ما تقدم ، وهذا الإشكال ضعيف ؛ لأنه ليس يُشْترط في صحة الدعوى ذلك كما لا يخفى ، فإنه على تقدير التلف قبل الجحود لا يُسْتَحق عليه شيءٌ ، فللدلال أن يجيب بنفي استحقاقه ويحلف عليه ، ولا يكون مأمونًا كما لا يخفى » . إشكالات الوسيط (ق ١٩٨ / أ - ١٩٩ / أ) .

(١) أي من الدعاوى .

(٢) أي المدعى عليه ، وهو هنا الدلال . (٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) والأصح أنّ له أنْ يَحْلف . انظر الروضة (١٩/١٢) .

(٥) يعني إذا ادعى المودَعُ لديه ، أن الوديعة قد تلفتْ ، فطولب باليمين ، فنكل ، فهل يجوز للمودِع أن يَحْلف هو بأن الوديعة ما تلفَتْ ؛ استدلالًا بنكول المودَعِ لديه عن اليمين ؟ .

الركن الثاني
جواب المُدَّعَى عليه

وهو إنكارٌ، أو سكوتٌ، أو إقرار. أما السكوت، فهو قريبٌ من الإنكار [١]، وأما الإقرارُ فلا يَخْفى حكْمُه، وقد ذكرنا إقرارَ المرأة بالنكاح في كتاب «النكاح»، ونذكر الآن مسائل:

الأولى: لو قال: لِيَ من هذا الكلام مَخْرَجٌ، فليس بإقرارٍ، خلافًا لابن أبي ليلى؛ فلعلَّ مخرجَه الإنكارُ. ولو قال: لِفلانٍ عليَّ أكْثَرُ مِمَّا لَكَ، فيحتمل الاستهزاءَ، وليس بإقرار [٢]. ولو قال: الشهودُ عدولٌ، فليس بإقرارٍ؛ إذ العَدْلُ قد يَغْلط.

الثانية: لوقال: لِيَ عليك عشرةٌ. فقال: لا تلزمني العشرةُ، فيلزمه أنْ يقول: ولا شيء منها، ويكلفه القاضي ذلك في الإنكار واليمين؛ لأنَّ مُدَّعِي العشرة، مُدَّعٍ لجميع أجزائها، وقال القاضي: لا يكلفه ذلك في الإنكار، وإنما يكلفه في اليمين [٣]. ثم إن اقتصر في اليمين على نَفْي العشرة وأَصَرَّ عليه، فهو نَاكِلٌ عما دون العشرة بأقلِّ القليل؛ فللمدعي أنْ يحلف على ما دون العشرة؛ إذ [٤] لم يُسْند العشرة إلى قبول عقدٍ؛ فإنَّ المرأة إذا ادعت أنه نكحها بخمسين، وأقرَّ بالنكاح، وأنكرَ الخمسين ونكل، فليس لها الحلفُ على ما دون الخمسين؛ لأنه يناقض دعوى الخمسين.

الثالثة: لو قال: مَزَّقْتَ ثَوْبي؛ فَلِيَ عليك الأَرْشُ، فيكفيه أن يقول: لا يَلْزمني الأرشُ، وليس عليه الجوابُ عن التمزيق؛ فلعلَّه جَرَى [٥] بحيث لا يُوجب الأرشَ [٦]. ولو أقرَّ به لطُولِبَ

---

(١) وبناء عليه يجعل المدعى عليه كالناكل، فترد اليمين على المدعي، ويستحق ما ادعاه.

(٢) قال ابن الصلاح: «قوله في جواب المدعى عليه: (لو قال: لفلان عليّ أكثر مما لَكَ، فليس بإقرار؛ لأنه يحتمل الاستهزاء) هذا فيه نظرٌ، وقد علله الفوارني بأنه قد يريد: لفلانٍ من الحرمة أكثر ممالك، والله أعلم». مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٩/أ).

(٣) والصحيح ما ذكره الغزاليُّ أولًا من أنه يُكَلَّف المدعى عليه أن يقول: لا تلزمني العشرة ولا شيء منها، في الإنكار وفي اليمين. انظر الروضة (١٢/٢٠).

(٤) في (أ)، (ب): «إذا».

(٥) يعني التمزيق.

(٦) أو يكون المدعي قد أبرأه من أرش التمزيق، فلو أقر المدعى عليه بالتمزيق فربما يعجز عن إظهار بينة الإبراء، فإذا كان كذلك، فلا يتعرّض لموضوع التمزيق بِنَفْي أو إثبات.

بالبينة . وكذلك من ادُّعِيَ عليه دَيْنٌ وكان قد أدّاه (١) ، فيكفيه أن يقول : لا يلزمني التسليمُ . وكذا إذا ادّعى عينًا ؛ لأنه ربما كان عنده (٢) رَهْنًا أو إجارةً ، فكيفيه أن يقول : لا يلزمني التسليمُ .

فلو أقام المدعي بينةً على الملك ، قال القاضي : يجب التسليمُ . وهذا مُشْكِلٌ من حيث إن له أنْ يقول (٣) : صَدَق الشهودُ في الملك ، ولا يلزمني التسليمُ . وهذا يلتفت على أنه لو صَرَّح بأنه في يدي بإجارة ، فالقولُ قولُ صاحبِ اليد ، أو قولُ المالك ؟ وفيه خلاف (٤) . فإن قلنا : القولُ قول المالك ؛ فيلزمه أنْ يُقيم بينةً على رهنٍ أو إجارة إنْ كان يدَّعيه (٥) . وقال الفوارني : طريقُه أنْ يقول في الجواب (٦) : إنْ كنتَ تَدَّعي مطلقًا ، فلا يلزمني التسليمُ . وإن كنتَ تدَّعي جهةَ رهنٍ ، فاذكُره حتى أُجيب . وكذا (٧) يقول : إن ادّعَيتَ الدَّيْنَ الذي لي به مالٌ مرهونٌ ، فحتى أُجيب . وقال القاضي : لا يُسْمع هذا الجوابُ المردَّدُ ، ولكنْ له أنْ يُنكر الدَّيْنَ ، إن أنكر هو الرهنَ (٨) ، وهذا بناءٌ على مسألة الظفر بغير جنس الحقّ .

الرابعة : إن ادعى ملكًا في يد رجل ، فقال المدَّعَى عليه : ليس لي ولا لك ، فله ثلاثة أحوال :

الأولى : أن يُضيف إلى ثالثٍ حاضر ؛ فَنُحْضِرُه ، فإنْ صدَّقه (٩) ، انصرفت الدعوى إليه ، وللمدَّعي أنْ يُحَلِّف الأولَ إن قلنا : إنه لو أقرَّ له ، غرم له بحيلولته بالإقرار للثالث . وإن قلنا : لا

---

(١) أي : ولا يستطيع إثبات هذا الأداء بإقرار المدعي أو بشهادة الشهود .

(٢) أي ما ادعاه المدعِي من العين ، قد يكون لدى المدعى عليه بحق ، كإجارته أو كَرهْنِه عنده .

(٣) يعني المدعى عليه .

(٤) انظر تفصيله في الروضة (١٢/٢٢) .

(٥) أي : يلزم المدعى عليه أن يُقيم بينةً على أنه رَهَنَ هذه العين عنده ، أو أنها عنده بإجارة .

(٦) والإشكال هنا أن المدعى عليه قد يعجز عن إظهار بينة الإجارة أو الرهن أو غيرهما ، فماذا يفعل حتى يجعل المدَّعِيَ يُقِرُّ بالرهن أو الإجارة ؟ وهذا ماأجاب عنه الفوراني .

(٧) في (أ) : « وكذلك » .

(٨) أي سبيل هذا المدعى عليه –حتى يخرج من هذه المشكلة – أن يُنكر أصلًا هذا الدَّيْنَ ، ما دام المدعي يُنكر أنه مرهون عنده .

(٩) أي : صدق المدعى عليه في أنه ملك لهذا الثالث .

يغرم [و] (١) إنْ أقرَّ ؛ فلا معنى لتحليفه .

أما إذا أحضرناه ، فقال : ليس هو لي ، ففيما يُفْعَل بالمال ثلاثةُ أوجهٍ :

أضعفها : أنه يُسَلَّم إلى المدّعِي ؛ إذْ لا طالبَ له سواه .

والثاني : أنه يأخذه القاضي ، ويتوقَّف إلى ظهور حجة ويحفظه (٢) .

والثالث : هو أن يُتْرَك في يد صاحب اليد ؛ فإنه أقرَّ للثالث ، وبَطل إقرارُه بردِّه ؛ فصار كأنه لم يُقِرَّ (٣) .

ثم المقَرُّ له ، لو رجع بعد ذلك ، وقال : غلطتُ ، هل يُقبل ؟ / فيه وجهان . وإنْ رَجع المقِرُّ (٤) وقال : بل كانتْ لي ، وغلطتُ ، ففي رجوعه وجهان مرتبان ، وأولى بأنْ لا يُقْبل ؛ لأنه نَفَى الملكَ عن نفسه (٥) . وهذا إذا لم تَزُلْ يدُه (٦) ، فإنْ أَزَلْناه (٧) فلا أَثَر لرجوعه . ٣٠٢/أ

الحالة الثانية : إذا أضاف الدارَ إلى غائبٍ ، قال العراقيون : انصرفت الخصومةُ إلى الغائب (٨) ؛ فليس له أن يحلفه إلا لأجل الغرم على قولنا : يغرم بالحيلولة إن أقرَّ للثاني . وقال الشيخ أبو محمد والفوراني : بل يحلف ؛ لِننزع الملكَ من يده باليمين المردودة ؛ إذ لو فُتِحَ هذا البابُ ، صار ذريعةً بعد انقطاع سلطنته . ويجري هذا الخلافُ في كل مَنْ نفى عن نفسه شيئًا

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) وهذا الوجه صححه الغزالي في الوجيز (٢/٢٦٣) .

(٣) وهو ما رجحه النووي في المنهاج ص (١٥٦) .

(٤) وهو الذي في يده الملكُ أو العين .

(٥) قال ابن الصلاح : « ذكر فيما إذا أقر لغيره ، فكذبه – ثم رجع المقَرُّ له – وجهين في قبول رجوعه . ولو رجع المقِرُّ ، ففيه وجهان مرتبان ، وأولى بأن لا يقبل ؛ لأنه نفى الملك عن نفسه : هذا مشترك بين المقِرّ والمقَرّ له إلا أن المقر في ذلك مُخْبِرٌ عن نفسه ؛ فيَبْعُد غلطُه فيه ، فلا يُعْقل دعواه الغلط ، بخلاف المقرّ له ، فإنه رَدَّ حين أخبره ، ولا يَبْعُد خفاؤه عليه وغلطه فيه ؛ فَقُبِلَتْ دعواه بالغلط » مشكل الوسيط (جـ٢ ق١٩٩/أ) .

(٦) أي إذا لم نأخذ الملكَ من يد المقرّ . وقال ابن الصلاح : « وقوله : (هذا إذا لم تزل يده) يعني على قول من قال : تُقَرُّ العينُ في يد المقرّ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٩/أ ، ١٩٩/ب) .

(٧) أي أزلنا الملكَ . وفي (أ) ، (ب) : « فإن أزلناها » أي أَزَلْنا يده .

(٨) في الروضة (١٢/٢٤) : أن هذا الوجه هو الأصح ، وبه قال الأكثرون . وانظر المنهاج ص (١٥٦) .

ورجع مهما لم يُقِرَّ به لغيره ، أو أَقَرَّ ولكن رُدَّ إقرارُه بالتكذيب .

فإن قلنا : إنه يقبل رجوعُه ؛ فَلِلْمُدَّعي أنْ يُحلفه ، فَعَسَاهُ يرجع ويُقِرُّ له .

وإن قلنا : لا يصح رجوعُه ؛ فلا معنى لتحليفه إلى إسقاط الدعوى بالإضافة إلى غائبٍ لا يُرْجَى رجوعُه . نعم ، الغائبُ إذا رجع ، فالدارُ مردودةٌ إليه ، وعلى المدعي استئنافُ الخصومة معه .

فإنْ كان للمدّعي بينةٌ ، سُلِّمَت الدارُ إليه مع اليمين ؛ لأنه قضاء على الغائب عند العراقيين ، وعند الشيخ أبي محمد هو قضاءٌ على الحاضر ؛ فلا يحتاج إلى اليمين (١) .

أما إذا كان لصاحب اليد بينةٌ على أنه للغائب ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه لا تُسمع إلا أنْ يُثْبت وكالةَ نفسِه (٢) .

والثاني : أنّ البينة تُسْمَع ؛ لا لإثبات الملكِ للغائب ، ولكن لِيَقْطعَ التحليفَ والخصومة عنه (٣) .

والثالث : اختاره القاضي : أنه إذا ادَّعى لنفسه علقةً من وديعة أو عارية ، سُمِعت ، وإلا فلا .

ثم إنْ سُمعت البينةُ لثبوتِ الوكالة – وكان للمدعي بينةٌ – قُدِّمَ بينةُ الوكيل ؛ لأجل اليد . وإن سمعنا دون الوكالة (٤) ، فبينةُ المدعي أولى ؛ فإنه لم تسمع إلا لِصَرْفِ اليمين عنه ، ولذلك يجب على الغائب إعادةُ البينة ولا يُغْنيه ما أَقامَه صاحبُ اليد .

لكنْ إذا رجع الغائبُ ؛ جعلناه صاحبَ اليد ، حتى إن كانت له بينةٌ ، قُدِّمَتْ على بينة المدعي ، ويكتب في سجل المدعي : أن الغائب على حجته وعلى يده مهما عاد (٥) .

---

(١) وهذا هو الأصح في الروضة (١٢/٢٥) . وفي المنهاج ص (١٥٦) صحح الوجه الأول أنه قضاء على الغائب فيحتاج إلى اليمين .

(٢) وهذا الوجه هو أصحها . انظر الروضة (١٢/٢٥) . الغاية القصوى (٢/١٠٣٠) .

(٣) قوله : « عنه » ليس في (أ) ، (ب) .

(٤) أي إن سمعنا بينته – على أن هذا الملك الذي في يده ، هو ملك للغائب المذكور – ولم تكن معه بينة على أنه وكيل له . وفائدة سماع هذه البينة ، صرفُ اليمين عنه ، أي عن صاحب اليد . وهذا تفريع على الوجه الثاني من الأوجه الثلاثة التي ذكرها الغزالي قريبًا في أول هذه المسألة .

(٥) في الأصل : « مهما أعاد » والمثبت من (أ) ، (ب) .

فرعان

أحدهما : من قال : لا تسمعُ البينةُ دِون الوكالة [١] ، فلو ادعى لنفسه رهْنًا أو إجارةً ، ففي سماع البينة وجهان ، فإنْ قلنا : تسمع ، ففي التقديم على بينة المدعي وجهان . والأَظهرُ : أنه لا تقدم ؛ لأنه إنما أَثبت إجارتَه ورهْنَه بعد ثبوت ملك الغائب ، فإذن لا تؤثر بينتُه إلّا في صَرْف الحلف عنه .

الثاني : إذا ثبت مِلْكُ الغائب ببينته بعد رجوعه – لكن بعد إقرار صاحب اليد للمدعي – فليس للمدّعي تحليفُ المقِرّ ليغرمه ؛ فإنّ الحيلولة وقعتْ بالبينة . وكذلك لو أقرَّ للغائب أيضًا بعد الإقرار للمدعي ، لا يغرم للمدّعي ؛ إذ رجوعُه إلى الغائب بالبينة لا بإقراره .

الحالة الثالثة : أن يقول : ليس لي [٢] ، وليس يُضيفه إلى معين . أو قال : هو لرجلٍ لا أُسَمّيه ، فالمذهبُ : أن الخصومة لا تنصرف عنه بهذا الإقرار [٣] فيحلف ، وإن نكل حَلَف المدعي وأَخذ . ومنهم من قال : يأخذ القاضي عنه ويكون موقوفًا إلى أنْ تظهر حُجّةٌ ويبقى تحليفُ المدعي صاحبَ اليد لأجل التغريم .

أما إذا أضاف إلى صَبِيٍّ أو مجنون ، انصرفت الخصومةُ إلى وليهما ولكن لا حاجة [٤] لتحليف المولى ، ولا لتحليف الصَّبِيِّ ، لكنْ يؤخَّر إلى بلوغه إلا أن يكون للمدعي بينةٌ ، فيُحْكم بها . وكذلك لو قال : هذا وقفٌ على ولدي ، أو على الفقراء ، انصرفت عنه الخصومة ، ولا يبقى إلا التحليف للتغريم .

المسألة الخامسة : إذا خرج المبيعُ مُسْتَحَقًّا ببينة ، رجع المشتري على البائع بالثمن إنْ لم يَصَرِّحْ في إقراره [٥] بالملك للبائع . فإن صَرَّح وقال : هذا مِلْكي ، اشتريتُه من فلانٍ ، وكان

---

(١) أي لا تُسمع بينة الملك للغائب مفردةً إلا مع بينة أنه وكيل له .

(٢) يعني ما في يده من الملك أو العين .

(٣) ولا ينزع الملك من يده . انظر الروضة (٢٣/١٢) . المنهاج ص (١٥٥) . الغاية القصوى (١٠٣٠/٢) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ولكن لا وجه » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « في إنكاره » .

مِلْكَه ، ففي الرجوع وجهان [١] :

أحدهما : أنه لا يرجع ؛ مُؤاخذةً له بقوله ، فإنه زعم أنّ المدعي هو الظالم .

والثاني : وهو الأصح : أنه يرجع ، مهما قال : إنما قلتُ ذلك على رسم الخصومة .

أما إذا ادّعى جاريةً ، وأقام بينة ، وأخذها واستولدها ، ثم كذَّب نفسَه : فعليه المهرُ للمُقَرِّ له وتلزمه قيمةُ الولد ؛ لأنه انعقد حرًّا فلا تزول [٢] الحريةُ برجوعه . وكذلك يلزمه قيمة الجارية ؛ إذ ثبت لها علقة الاستيلاد ، فلا تبطل برجوعه .

فلو صَدَّقته [٣] فالظاهر : أن تصديقها لا يُسْقط علقة الاستيلاد . وفيه وجه : أنه يردّ الجارية ؛ لأن الحقَّ لا يَعْدُوهُمْ وقد تصادقوا .

السادسة : جواب دعوى القصاص على العبد بطلبٍ من العبد لا من السيد . وجوابُ دعوى أرش الجناية بطلبٍ من السيد لا من العبد ؛ لأنَّ إقرار العبد لا يقبل . نعم ، إنْ قلنا : يتعلق الأَرْشُ بذمته ، فيحلف . فإنْ نكل وحلف المدعي : لم يتعلق بالرقبة ؛ لأن اليمين المردودة ، إن كانت كالبينة فلا تتعدَّى إلى غير المتداعيين . وفيه وجه : أنه يتعلّق بالرقبة إذا جعلناه كالبينة .

* * *

(١) قال ابن الصلاح : « ذكر فيما إذا خرج المبيع مستحقا ببينة ، وكان المشتري قد قال عند الدعوى عليه : (هذا ملكي اشتريتُه من فلان ، وكان ملكَه ، ففي رجوعه بالثمن على البائع وجهان) فقوله : (اشتريته من فلانٍ وكان ملكه) لا حاجة إليه في صورة المسألة ، بل لو قال : (هذا ملكي) واقتصر عليه ففي رجوعه الوجهان ، فإن قوله : هذا ملكي ، يتضمن إقراره للبائع بالملك ، فإن الكلام مفروضٌ فيما إذا لم يوجد من أسباب الملك غَيْرُ ابتياعه منه . وهكذا صَوَّرها صاحب « النهاية » والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٩/ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فلم تَزُل » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فلو صدقه » وهو خطأ .

الركن الثالث

اليمين

والنظر في : الحلف ، والمحلوفِ عليه [والحالفِ ، وحُكْمِ الحلف] [1] ، وفيه أطراف :

الطرف الأول : في الحلف . وصورتُه مشهورةٌ . والتغليظ يجري [2] فيه في كلِّ ماله / ٣٠٢/ب خطرٌ مِمَّا لا يَثْبت برجل وامرأتين . ويَجْري في عيوب النساء ؛ لأن ثبوتها بقول النسوة للحاجة ، لا لنقصانِ الخطر . وأما المالُ فلا يجري التغليظُ في قليله ، ويجري في كثيره ، وهو ما يساوي نصابَ الزكاة : إمّا مائتي درهم ، أو عشرين دينارًا . وأَجْرَوُا التغليظَ في الوكالة وإنْ كانت على درهم ؛ لأنها سلطنةٌ في نفسها .

ولو ادّعى عبدٌ على مولاه العتْقَ وقيمتُه دونَ النصاب [3] ، فلا تغليظَ على سيده ؛ إذ يُثْبت لنفسه ملكًا حقيرًا . فإنْ نَكَل غلظت اليمينُ المردودة على العبد ؛ لأنه يُثبت العِتْقَ . وفيه وجه : أنه تُغَلَّظ على السيد أيضًا ؛ لاستواءِ الجانبين ولأن نَفْيَ العتق كإثباته . وهو بعيدٌ .

وكيفيةُ التغليظ ، قد ذكرناه في اللعان وهو بالمكانِ ، والزمان ، وزيادةِ اللفظ ، كقوله : والله الذي لا إله إلا هو الطَّالِبُ الغَالِبُ [4] .

فإن امتنع الحالفُ عن المغلَّظة ، فهل يُجْعَل نَاكِلًا عن أصل اليمين ؟ فيه اضطرابُ نصوصٍ . ويَرْجع حاصلُها إلى أربعة أوجه ذكرناها في اللعان :

أحدها : أنَّ جميعَها مُسْتحقٌ [5] .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) قوله : « يجري » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) يعني قيمة العبد .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله وقول غيره في تغليظ اليمين : (والله ، الذي لا إله إلا هو الطالب الغالب) قد أنكره الإمام أبو سليمان الخطابي – رحمه الله – من حيث إنه لم يرد به في صفات الله توقيفٌ . وأُجيب عنه بأن ذلك من قبيل اسم الفاعل الذي غلب فيه معنى الفعل ، وإضافةُ الأفعال إليه مستحقةٌ لا تتوقَّف على توقيف ، وكذلك توسّع الناسُ في ذلك في تحميداتهم وتمجيداتهم وغيرها ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ٢٠٠/أ) .

(٥) يعني جميع التغليظات بالمكان والزمان واللفظ .

والثاني : أنّ الجميعَ مُسْتحبّ .

والثالث : أنه لا استحقاق إلا في المكان .

والرابع : إلحاق الزمان بالمكان (١) .

ثم قال الشافعي (رضي الله عنه) : رأيتُ بعضَ الحكام يستحلف بالمصحف ، فاستحسنْتُ ذلك (٢) .

وتغليظُ الذّمّيّ بحضور كنائسهم ، وعلى المجوسيِّ بحضور بيت النيران . وفيه وجه : أنه لا يحضر بيت النيران كما لا يحضر بيت الأصنام ؛ إذ لم يَثْبت حُرْمَتُها في الكتاب (٣) .

التفريع

إنْ قلنا : [إن] (٤) التغليظَ مستحقٌّ ، فلو امتنع فهو نَاكِلٌ ، ولا يُغْنيه قولُه : حلفتُ بالطلاق أنْ لا أحلف يمينًا مغلَّظة . إذْ يُقال : انْكُلْ ، أو احْلِفْ ولْيَقَعْ طلاقُك . وكذلك يجب على المخدَّرة (٥) حضورُ المسجد للتحليف تغليظًا وإن لم يلزمها الحضور بجواب الدعوى . وإن قلنا : إنه مستحبٌّ فلا يلزمها ذلك .

وأما وقتُ اليمينِ ، فهو بعد عَرْضِ القاضي ؛ فما يُبَادِر إليه قبل عَرْض القاضي لا يُحْسَب (٦) ، ويُعَاد عليه .

وشَرْطُه : أنْ يُطابق الإنكارَ ، ويكون الإنكار على مطابقة الدعوى ؛ فما لا يكون كذلك لم يُحْسَبْ (٧) .

---

(١) انظر الروضة (١٢/٣٢) .

(٢) في الأصل : « فاستحببتُ ذلك » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « في كتاب » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) هي التي لزمت خِدْرَها ، فلا تخرج منه إلا لضرورة .

(٦) في (أ) : « لا يحتسب » .

(٧) في (أ) : « لم يحتسب » .

الطرف الثاني في المحلوفِ عليه :

وفيه مسائل :

إحداها : أنه يحلف على البَتِّ فى كل ما يَنْسبه إلى نفسه مِنْ نَفْيٍ وإثباتٍ . وما يَنسبه إلى غيره من إثباتٍ ، كبيع وإتلافٍ ، فيلزمه البتُ .

وأمَّا النَّفْيُ - كنَفْيِ الدَّيْنِ ، والإتلافِ عن المَوَرِّث الميِّت [1] - فيَكْفيه الحلفُ على نَفْيِ العلم . ولو نفى عن عبده ما يُوجِبُ أَرْشَ الجناية ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لايلزمه الْبَتُّ كالمورّث .

والثاني : أنه يلزمه ؛ لأنَّ عبده كأعضائه ، وهو مُطَّلِعٌ عليه [2] . ويَلتفت هذا على أنه هل [3] يتعلق بذمة العبد ؟ فإنْ تعلّق بذمته ، فقد صار شخصًا مستقلًا لاكالبهيمة ، فإنها إذا أتلفتْ ما يَنْسب صاحبَها إلى تقصير ، فالظاهرُ : أنه يلزمه البَتُّ .

ثم يجوز له أن يَبُتَّ بظنٍّ يَستفيده من خطّ أبيه ، وخطّ نفسه ، ونكولِ خصمِه كما سبق [4]

الثانية : أنَّ اليمين على نية المُسْتَحْلِف وعقيدتِه .

أمّا « النيةُ » ، فهو أن التورية على خلاف رَأْيِ القاضِي [5] لا تنفع . وكذلك لو قال عُقَيبَ اليمين : إنْ شاء الله - ولم يَسْمع القاضي - انعقدت اليمينُ فاجرةً مُؤثمة ؛ لأنَّ هذا بابٌ ، لو فُتِحَ بَطَلَت الأيمانُ . ولو سمع القاضي الاستثناء لم يَنْعقد اليمينُ ، وعليه الاستعادةُ ؛ فإنه لم يَحْلف بَعْدُ .

وأما العقيدةُ ، فهو أن الحنفيَّ يُحَلّف الشفعويَّ على نَفْيِ شُفْعة الجوار ، فلا يحلُّ للشفعويِّ أنْ يحلف على أنه لا يلزمه [6] بتأويل مذهبِ نفسِه ، بل يَأْثَمُ ، وتنعقد اليمينُ كاذبةً ؛ لأنه قد لزمه

---

(١) أي : إذا مات مورِّثُه ، فادعى مُدَّعٍ أن له دينًا عليه ، فالوارثُ له أنْ يَحْلف على أنه لا يَعلم أن مورِّثه مَدِينٌ لأحد .

(٢) وهذا هو الأصح . انظر الروضة (١٢/٣٥) . المنهاج ص (١٥٦) .

(٣) قوله : « هل » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٤) أي لا يُشْترط اليقينُ فيما يحلف فيه على البتِّ ، بل يكفي الظنُّ الغالبُ الحاصل مما يجده من خط أبيه أو خطه هو - وإن كان لا يذكره - أو نكول خصمه عن الحلف .

(٥) يعني قَصْدَ القاضي .

(٦) إذ المذهبُ الشافعيُّ على عدم إثبات شفعة الجوار بخلاف مذهب الحنفية . قال ابن الصلاح: « وقد سبق منه في =

في الظاهر كما ألزمه القاضي . وهل يلزمه في الباطن ؟ فيه خلافٌ (١) . وذكر صاحبُ « التقريب » وجهًا ثالثًا : وهو أنَّ القضاء ينفذ في محلّ الاجتهاد باطنًا على العوام ، فإنْ كان المحلوف عليه مُجْتَهَدًا (٢) لم يَنْفُذْ عليه ، فكأنه لا يُؤثمه إذا حلف بموجب اعتقاد نفسه . وهذا بعيدٌ ، بل الاعتقادُ كالاجتهاد (٣) ، وينبغي أنْ يُنْظر إلى عقيدة القاضي .

الثالثة : إذا لم يَطْلب المدّعي الحلفَ ، ولكن قال : لي بينةٌ ، لكنْ أُريد كفيلًا في الحال . فلا يلزمه بالاتفاق ، ولكنْ قد جرى به رَسْمُ القضاه .

ولو شهد شخصان ولم يُعَدَّلا : لزمه الكفيلُ بالبدن . فإن امتنع ، حُبِسَ لأجل الكفالة ، لا لأجْل الحقّ ؛ لأنه ربما يهرب ؛ فالحاجةُ تَمَسُّ إليه .

* * *

= كتاب « القضاء » ذِكْرُ خلافٍ في أن حكم الحاكم ، هل يُحيل الباطنَ في المجتهدات ؟ وعلى هذا ، ينبغي حِلُّ شُفْعةِ الجوار للشافعي إذا قضى بها حاكمٌ حنفيٌ ، والله بغيبه أعلمُ » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٠/أ) .

(١) والصحيح من هذا الخلاف - كما في الروضة (٣٧/١٢) - أنه يلزمه في الباطن أيضًا . وقال ابن الصلاح : « قوله في القاضي الحنفيّ إذا حَلَّف الشافعيَّ بشفعة الجوار ، فليس له أن يحلف بناءً على مذهب نفسه : (بل يأثم ، وتنعقد اليمينُ كاذبةً ؛ لأنه قد لزمه في الظاهر ما ألزمه القاضي ، وهل يلزمه في الباطن ؟ فيه خلاف) وهذا متهافتٌ ؛ لأنه قَطع بتأثيمه بناءً على اللزوم في الظاهر مع أن في اللزوم باطنًا : خلافًا ، ومن يقول : لا يلزم في الباطن لا يُؤَثمه في يمينه على وَفْقِ الباطن قطعًا .

ولو قال : (يأثم في يمينه ؛ لأنه لزمَه - في الظاهر والباطن - موافقةُ عقيدةِ القاضي أو اليمينِ . وهل يلزمه في الباطن القيامُ بالشفعة ؟ فيه خلافٌ ، ويظهر أثره في جواز الامتناع منها - بتعزُّزٍ أو غيره - لا في جواز الحلف بناءً على مذهب نفسه) : لكان مُتجها ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٠/أ) .

(٢) أي مُجْتَهَدًا فيه .

(٣) يعني أن اعتقاد المقلد في مثل ذلك كاجتهاد المجتهد . قاله ابن الصلاح في المشكل (جـ٢ ق ٢٠٠/أ) .

الطرف الثالث

في الحالف

وهو كل مُكَلَّفٍ تُوَجَّهُ عليه [١] دعوى صحيحةٌ في حقٍّ ؛ فيحلف [٢] في الإيلاء ، والطلاق والرجعة ، والظهار ، والولاء [٣] ، والنسب . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يُقْضَى بالنكول في هذه المسائل ؛ فلا تعرض اليمين فيها .

ولا يجري التحليف في عقوبات الله تعالى ؛ إذ لا مُدَّعِيَ فيها . ولا يجوز تحليفُ الشاهد والقاضي [٤] . إذْ نسبتُهم إلى الكذب دعوى فاسدةٌ تَجُرُّ فسادًا عظيمًا . نعم ، تجوز الدعوى على القاضي المعزول فيحلف عليه .

٣٠٣/أ ومن ادعى / أنه صَبِيٌّ – وهو محتمل – لم يحلف ، بل يُنْتظر بلوغُه . وإن قال : أنا بالغٌ ، صُدِّق ولم يحلف [أيضًا] [٥] ، وكذلك الوصيُّ لا يحلف على نَفْيِ الدَّيْن عن المُوصِي [٦] ؛ لأنه لو أقرَّ لم يُقْبل قولُه . وكذا لا يُحَلِّف الوكيلُ الخصمَ – المُنْكِرَ لوكالته – على نَفْيِ العلم بالوكالة ؛ لأنه – وإن عَلِم – فلا يجب التسليم إليه ؛ لأن الموكّل ربما جَحَد وكالتَه . وله [٧] أن يُحَلِّف الوكيلَ على نَفْيِ العلم بأنه ما عَزَلَه ولا مات [٨] .

---

(١) كلمة : « عليه » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فيجوز » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « والولاء والظهار » .

(٤) يعني لا يجوز ذلك في المسائل التي تتعلق بحكمه وقضائه ، أما ما لا يتعلق بقضائه ، كأنْ يدعي عليه مُدّعٍ مالًا أو غيره ، فهو في ذلك كسائر الناس في الخصومات الشرعية ، يَحْكم فيها بَيْنَه ، وبين المدعي : قاضٍ آخرُ . انظر الروضة (١٢/٣٨) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) يعني إذا ادعى رجلٌ على هذا الموصِي دَيْنًا ، أو ادعى أنه أوصى له بشيء ، لا يحلف الوصيُّ بقضاء ديونه وتنفيذِ وصاياه – على النَّفْيِ ؛ إذ لا يُقبل إقراره بالديون والوصايا أصلًا فلا معنى لتحليفه .

(٧) أي الخصم .

(٨) أي موكلُه .

وسبيلُ الوكيل في مجلس الحكم أنْ يُحْضِر الخصم ، ويقول : أستحقّ مخاصمتَك . فإن كان قد وكَّلَه موكله [1] في مجلس الحكم ، لم يَفتقرْ [2] إلى حجة . وإن وكَّلَه في الغَيْبة ، وأراد الوكيلُ إثباتَه على الخصم بالحجة : جاز . وإن أراد إثباته في غير وجه الخصم ، فقيه وجهان :

أحدهما : أنه يجوز ؛ لأنه يُثْبت حقَّ نفسِه [3] .

والثاني : لا ؛ فإنه حقٌّ على الخصم .

* * *

(١) قوله : (موكله) ليست في (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) ، (ب) : « لا يفتقر » .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٤/١٢) .

الطرف الرابع
في حكم اليمين

وفائدتُه – عندنا – قَطْعُ الخصومة في الحال ؛ فلا يحصل بها براءةُ الذمة ، بل يَجوز للمدّعي إقامةُ البينة بعده ، وسواءٌ[١] كانت البينةُ حاضرةً أو غائبةً . وقال ابنُ أبي ليلى : لا يجوز للمدعي . وقال مالك : إنْ كانت البينةُ حاضرةً : لم يَجُزْ[٢] . ونحن نقول : لعلَّه تذكّرَ وعَرَف الآن .

فلو قال أولًا[٣] : لا بينة لي ، حاضرةٌ ولا غائبةٌ ، فقد ذكرنا فيه وجهين[٤] . أمّا إذا قال : كذَب شُهودي ، بطلت البينةُ . وفي بُطلان دعواه وجهان ، والأصح : أنه لا تَبْطل ؛ فلعلَّه أراد أنهم قالوا من غير علم . فإن قلنا : لا تبطل ، فلو أنه ادعى عليه الخصمُ إقرارَه بكذب الشهود ، وأقام شاهدًا ، وأراد أن يحلف معه : لم يَجُزْ ؛ إذ ليس مضمونُه إثباتَ مالٍ ، بل الطعن في الشهود . وإن قلنا : تَسقط الدعوى قُبِلَ ؛ لأنّ المقصودَ إبطالُ الدعوى بمالٍ .

فرع : إذا امتنع عن الحلف ، وقال : حَلَّفني مرةً على هذه الواقعة ؛ فَلْيَحْلِفْ على أنه ما حَلَّفني : ففي لزوم ذلك وجهان ؛ لأنه ليس يَدَّعي[٥] حقًّا . وقال الفوراني : له ذلك .

فلو ادعى أنه حلفني مرةً[٦] على أني ما حَلَّفتُه ، فَلْيحلف على أنه ما حلفني ، قال : لا يُجَاب إليه ؛ لأن ذلك يَتَسَلْسَل إلى غير نهاية . وبمثلِ هذا حَسَم البابَ مَنْ حسم ، ولم يَسْمع هذه الدعوى مِنْ غير بينة .

* * *

---

(١) في الأصل : « سواء » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في « نهاية المطلب » : (وقال مالك : إن كانت البينة حاضرة في المجلس) . المشكل (جـ٢ ق ٢٠٠/ب) .

(٣) قوله : « أولًا » ليست في (أ) ، (ب) .

(٤) والأصح سماع بينته أيضًا . انظر الروضة (١٢/ ٤٠) .

(٥) في (أ) : « ليس مُدعيا » .

(٦) قوله : (مرة) ليست في (أ) ، (ب) .

الركن الرابع
في النكول [1]

ولا يَثْبت الحقُّ على المُنْكِل بنكوله ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) بل حكمُ النكول رَدُّ اليمين على المدَّعي ، وبطلانُ حقِّ الناكِل عن اليمين حتى لا يعود [2] ، ولكنْ إنما يَبْطل حقُّه إذا تَمَّ النكولُ ، وإنما يتمُّ بصريح قوله : لا أَحلف ، وأنا ناكلٌ ، فبعد ذلك لا يعود . ولا حاجة هاهنا إلى قول القاضي : قضيتُ بالنكول . أما إذا سكت - بعد عَرْض اليمين - فيحتاج إلى القضاء .

وحقُّ القاضي أنْ يَعْرض اليمينَ عليه ثلاثًا ويُنَبِّهه [3] أنَّ حكمَ النكول استيفاءُ الحقّ بيمينِ المدعي ؛ فربما لا يَعْرف ذلك . فإذا فعل ذلك [4] ، وقال : قضيتُ بنكوله ، لم يمكِّنْه الحلفَ بعد ذلك ، وكذلك لو قال المدعي : أحْلِفُ ، فهو كالقضاء . ولو أقبل على المدعي بوجهه - وقبل أنْ يقول : احلف - رجَع الناكلُ ، فهل له اليمينُ ؟ فيه وجهان .

---

(١) النكول لغةً : هو الرجوع والتأخر . واصطلاحًا : هو الامتناع عن حلف اليمين الموجهة إلى المدعى عليه بطريق القاضي . انظر : المصباح المنير (٩٦٧/٢) . معجم لغة الفقهاء ص (٤٨٨) .

(٢) اتفق الفقهاء على أن المدعي إذا أقام شاهدين على دعواه ، وقُبِلتْ شهادتهما : حُكِمَ للمدعي بما ادعاه ، واتفقوا أيضًا على أنه إذا عجز عن البينة وطلب تحليفَ المدعى عليه ، فحلف : رُفضت دعواه ، ثم اختلفوا فيما إذا رفض المدعى عليه اليمين هل يُقْضى عليه بهذا الرفض فقط أم تُرَدّ اليمين على المدعي فإذا حلف قُضِيَ له بحقِّه ؟:

فذهب الحنفية والحنابلة إلى أن استنكاف المدعى عليه عن اليمين ، يُوجب عليه أداءَ الحقّ المدَّعَى به ؛ فيقضي عليه القاضي بما ادعاه المدعي .

وذهب المالكية والشافعية إلى أنه لا يجوز القضاءُ بالنكول فقط ، بل تُرَد اليمين على المدعي ، فإذا حلف ، قضى له القاضي بدعواه .

ثم هناك تفصيل بين المذاهب في مجال القضاء بالنكول . انظر : طريقة الخلاف في الفقه ص (٣٩٠ - ٣٩٤) . المبسوط (٣٤/١٧) . تكملة شرح فَتح القدير (١٧٦/٨ - ١٧٨) . الشرح الكبير (١٤٤/٤) . (٢٣٣/٤) . الوجيز (٢٦٦/٢) . الروضة (٤٣/١٢) . الروض المربع ص (٥٣٣) . منار السبيل ص (٥٠٢) . المغني لابن قدامة (٢٣٥/٩) . الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للسيوطي ص (٥٠٤) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ويُنَبّه » .

(٤) يعني إذا عرّفه القاضي حكم النكول .

ولو لم يُنَبِّهْه على حُكْمه [١] ، وقضى بنكوله ، فقال الناكل : كنتُ لا أَعرف حُكْمَ النكول ، فالظاهرُ أنَّ الحكمَ نَفَذَ ، وفيه احتمال .

وحيث منعناه من اليمين ، فلو رضي المدعي بأن يحلف ، ففيه وجهان :

أحدهما : [أنه] [٢] يجوز ؛ إذِ الحقُّ لا يعدوهما [٣] .

الثاني : المنعُ ؛ إذ بطل حقُّ الحلفِ بالقضاء ؛ فلا يُؤَثِّر الرضا .

ثم إذا ثبت النكولُ ، ورُدَّ اليمينُ [٤] علي المدعي ، فله حالتان :

إحداهما : النكولُ ؛ فإن نكل صريحًا وقال : لا أَحلف ، كان نكولُه كحلف المدَّعَى عليه ؛ فلا يُمَكَّن من العود إلى اليمين بعد ذلك ، بل لا تُسْمع دعواه إلا ببينة . فإن اسْتَمْهَل ، أَمْهلناه ثلاثًا ؛ ليراجع الحسابَ ولا يُمْهَل المدَّعَى عليه ؛ لأن المدعي على اختياره في : طَلب الحقِّ [٥] ، والمدعى عليه لا خِيَرَةَ له . وكذلك إذا أقام شاهدًا واحدًا واستمهل للحلف معه [٦] ، أمهلناه . ولو نكل ، حَكَمْنا بنكوله ؛ ولا يُقْبل بعد ذلك إلا ببينة كاملة . ومِنْ أصحابنا من قال : لا يحكم بنكول المدعي ، بل هو إلى خيرته أبدًا مهما عاد وحَلَف : مُكِّنَ [٧] ؛ كما أنه على خيرته في إقامة البينة .

الحالة الثانية : أن يحلف المدعي ؛ فيستحق الحق .

ثم اليمينُ المردودة ، منزلتُها منزلةُ إقرارِ الخصم ، أو منزلةُ البينة ؟ فيه خلاف مشهور [٨] . وقد بنى الأصحابُ عليه مسائلَ على غير وجهه ؛ لأنه -وإن جُعِل كالبينة- فلا ينبغي أن يُجْعل

---

(١) أي على حكم النكول .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) وهذا الوجه هو الأصحّ كما في الروضة (١٢/٤٥) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ورُدَّتِ اليمينُ » .

(٥) يعني أنه صاحبُ حقٍّ ، فيمكنه ألا يُطَالِبَ به .

(٦) قوله : « معه » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « يمكّن » .

(٨) والأظهر من القولين أنه كإقرار المدَّعَى عليه كما سيذكره الغزاليّ (رحمه الله) بعد قليل . انظر الروضة (١٢/ ٤٥) . المنهاج ص (١٥٦) .

كذلك في حق [١] غير الحالف ، بل الصحيحُ : أنها كالإقرار [٢] . وقد ذكرنا تلك المسائلَ في مواضعها .

فإن قيل : هل يُتَصوَّر القضاءُ بالنكول عند الشافعي (رضي الله عنه) ؟ [٣] قلنا : مهما كان المدّعي ممن لا يُمكن الردُّ عليه [٤] ، بأن يكون غير مُعَيَّن كالمساكين ، أو يكون هو الإمام ، فيتعينَّ الحكمُ ، وذلك [٥] في مسائل :

الأولى / : النزاع بين السّاعي وربّ المال في الزكاة [٦] : يُوجِبُ اليمينَ على رَبِّ المال . فإن ٣٠٣/ب نكل تعذَّر الردُّ على السّاعي . وعلى المساكين ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يُقْضى بالنكول ؛ للضرورة [٧] .

والثاني : أنه يُحْبس حتى يُقِرَّ أو يؤدّي [٨] .

---

(١) كلمة : « حق » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٢) ويَنْبني على هذا الخلافِ أن المدعى عليه ، لو أقام بينةً بالأداء ، أو الإبراء ، بعد أن حلف المدعي واستحق . فهل تُسْمع بينتُه ؟ إن قلنا : إن اليمين المردودة كالبينة ، سُمعت بينةُ المدعى عليه ، ثم يُطْلَب الترجيح . وإن قلنا: إنها كإقرار المدعى عليه وهو الأظهر ، فلا تُسمع بينتُه ؛ لكونه مكذِّبًا لبينته هذه بالإقرار . انظر الروضة (٤٥/١٢) .

(٣) أي القضاء بالنكول فقط دون رَدِّ اليمين .

(٤) أي ردّ اليمين ، ويكون ذلك بتعذُّر الرد ، كما إذا كان المردود عليه اليمينُ غَيْرَ متعينَّ .

(٥) في (ب) : « وكذلك » .

(٦) وذلك كأن يدعي صاحبُ المال أنه بادر بالزكاة في أثناء الحول ، أو أنه دفع الزكاة لساعٍ آخر ، أو ادعى أن الخارص قد أخطأ ، أو أصاب الثمرَ جائحةٌ أو غير ذلك ، واتهمه السّاعي في دعواه .

(٧) وهذا الوجه هو الأصح الأشهر . انظر الروضة (٤٨/١٢) . والمنهاج ص (١٥٦) .

(٨) في (أ)، (ب) : « حتى يقر أو يحلف » وهو الصواب ؛ قال ابن الصلاح : « قوله فيمن ادعى عليه الساعي الزكاة ، فأنكر ، وتوجهت عليه اليمين ونكل ، فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : يقضي عليه ؛ للضرورة .

والثاني : أنه يُحْبس حتى يقر أو يؤدي . كذا وقع في « الوسيط » ولا وجه له كما لا يخفى ، وصوابُه : (حتى يقر أويحلف) وهكذا هو في « البسيط » و « النهاية » وغيرها . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٠/ب) .

قلت : وقولُ الغزاليّ – على ما في الأصل – (حتى يقر أو يؤدي) مؤداهما واحدٌ ؛ إذ لو أقر ، فإنه يجب عليه الأداء ، =

والثالث : أنه [1] إن ادّعى الأداءَ ، فهو في صورة مُدَّعٍ ؛ فَيُسْتَوفى ، وإن أنكر المال ، فلا يُقْضى عليه [2] .

الثانية : ذميٌّ غاب ، فرجع مسلمًا ، وزعم أنه أسلم قبل انقضاء السنة ولا جزية عليه ، ونكل عن اليمين [3] ، ففي وجه : يُقْضى عليه . وفي وجه : يُحْبس حتى يُقِرَّ ، أو يقيم بينةً [4] ، وفي وجه : لا شيء عليه ؛ إذ هو مُنْكِرٌ ولا حجة عليه .

الثالثة : الصبيُّ المشرك إذا أنبت [5] وادعى أنه استعجل بالمعالجة [6] ، حُلِّف . فإنْ نكل ، قُتِلَ . وليس ذلك حكمًا بالنكول [7] ، بل تَوَجَّهَ القتلُ بالكفر مع الإنبات ، وإنما اليمينُ دافعٌ ، ولا

= فَلَيْسَ هُمَا متغايرَيْنِ . والمعنى – على ما في نسختي (أ) ، (ب) – (حتى يُقِرَّ أو يَحْلف) أي : حتى يُقِرَّ فيؤدِّي ، أو يَحْلف فَيُتْرَك ولا يُطالَب بشيء .

(١) قوله : « أنه » ليس في (أ) ، (ب) .

(٢) يعني أنه إذا ادعى أداء الزكاة – وليس معه بينة – فهو مُدَّعٍ ، فَيُسْتوفَى منه الحقُّ . وإن أنكر المال فهو مُدَّعًى عليه ؛ فلا تؤخذ منه زكاة .

(٣) يعني واتهمه عامُل الجزية بأنه أسلم بعد تمام السنة ، فوجب عليه الجزية ، فَطُولِبَ باليمين فنكل ، فهل تُؤخذ منه ؟ .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (ذميٌّ غاب ، ثم رجع مسلمًا وزعم أنه أسلم قبل انقضاء السنة ، فلا جزية عليه ، ونكل عن اليمين) يعني أن القول قوله مع يمينه ؛ لأن الأصل براءة ذمته .

فلو لم يَغِبْ وكان بيننا وادعى ذلك ، لم يُقْبل قولُه ؛ لأنه على خلاف الظاهر ؛ لأنه لو كان قد أسلم ، لأظهر إسلامَه ، ولم ينكتم . ثم إنه ذكر فيها وجوهًا ثلاثة ، وذكر في الوجه الثاني : أنه يُحْبس حتى يقر أو يقيم البينة . وصوابهُ أيضا (أو يحلف) . وذكر وجهًا ثالثًا : أنه لا شيء عليه . وهذا الوجه يَجْري مثلُه في مسألة الزكاة [يعني السابقة] وهو قول من قال فيها : إن اليمين مستحبة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٠/ب) .

(٥) أي ظهرت عليه علاماتُ البلوغ كظهور شعر لحيته أو غيرها .

(٦) يعني وهو لم يَبْلغ الحلمَ حقيقةً .

(٧) قال ابن الصلاح : « الصبيّ المشرك إذا أنبت ، وادعى أنه استعجله بالمعالجة ، وقلنا : إن الإنبات ليس عَيْنَ البلوغ ، بل أمارة عليه ، فالقولُ قولُه مع يمينه . فإن نكل : قُتل ، نصّ عليه الشافعي فيما نقله القاضي . وقوله في « الوسيط » : (وليس ذلك حكما بالنكول) خلاف المقطوع به في « النهاية » و « البسيط » من أن ذلك قضاء بالنكول . ولكن هذا المذكور في « الوسيط » أثبت مما هو منقول عن الأصحاب ، والله أعلم » . انظر مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٠/ب)

دافعَ له . وفيه وجه : أن القتل بالنكول مُحَالٌ ، وتحليفُ مَنْ زعم أنه صبيٌّ ، محالٌ . بل يُحْبَس حتى يَبْلغ ، فإن حلف تُرِكَ ، وإن نكل قُتِلَ إذ ذاك ، وهذا أجدر مِنْ تحليف مَنْ يزعم أنه صبيٌّ . وهوَ ركيكٌ ؛ لأنَّا نتوَهَّم بلوغَه ، وعلامتُه النكولُ (١) .

الرابعة : ادعى واحدٌ من صبيان المرتزقة أنه بالغ . قال الأصحاب : يُثْبَت اسمُه بغير يمينٍ ؛ لأنه إن كذَب ، فأيُّ فائدة في يمين الصبيِّ ، وإن صَدَق فَلْيُثْبَتْ (٢) . وقال صاحب « التلخيص » إن اتهمه السلطانُ يحلفه ، فإن نكل فلاحقَّ له (٣) .

الخامسة : مات مَنْ لاوارثَ له ، وادعى القاضي له دَيْنًا على إنسان ، فنكل عن اليمين ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يَقْضي عليه للضرورة ؛ فإنّه مُنْتهى الخصومة .

والثاني : أنه يحبس حتى يَحْلف أو يُقِرّ (٤) .

وفيه وجه ثالث (٥) : أنه يُعْرض عنه . ولم يذكره أحدٌ إلا الشيخ أبو محمد .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وعلامتُه بالنكول » .

(٢) يعني فليثبت اسمُه في الديوان حتى ينال حقَّه .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فلا حق عليه » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « حتى يقر أو يحلف » . وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١٢/٥٠) .

(٥) في الأصل : « والوجه الثالث » والمثبت من (أ) ، (ب) وهو المتَّسِقُ مع قوله في أول هذه المسألة : « ففيه وجهان » .

الركن الخامس
البيِّنة

وقد ذكرنا شرْطَها ووصْفَها في الشهادات . والغرضُ تعارض البينتين [١] . ومهما أمْكَنَ الجمعُ بينهما : جُمِعَ . فإنْ تناقضا وأمكن الترجيحُ : رجّح . وإن تَسَاوَيَا من كلِّ وجهٍ ، فأربعةُ أقوالٍ إذا كان المدَّعَى في يد ثالث :

أحدها : إلتساقُط [٢] .

والثاني : الاستعمال بالقرعة .

والثالث : القسمة بينهما .

والرابع : الوقف إلى أنْ يصطلحا .

وأما مدارك مثارات الترجيح ، فثلاثةٌ : قوةٌ في الشهادة ، أو زيادةٌ فيها ، أو يدٌ تقترن بإحداهما [٣] .

المدرك الأول : قوة الشهادة : وله صور :

إحداها : أنْ يُقيم أحدُهما شاهدَيْن ، والآخرُ ثلاثةً فصاعدًا ، أو كان شهودُ أحدهما أكملَ عدالةً ، فالقولُ الجديد : أنه لا ترجيحَ بخلاف الرواية [٤] ؛ لأنّ نصابَ الشهادة قدَّره الشرعُ ، فالزيادةُ عليه . لاتُؤَثِّر [عليه] [٥] بخلاف الرواية . والقول القديم : الترجيح به كما في الرواية . وعلى هذا يُخَرَّج ما إذا كان في أحد الجانبين شهادةُ أحد الخلفاءِ الأربعة .

الثانية : شاهدان يُقَدَّم [٦] على شاهد [وامرأتين ومنهم مَنْ قطع بطرد القولين ، وهو

---

(١) يعني والغرضُ هنا في هذا الموضع بيانُ ما يُشلك في تعارض البينتين .

(٢) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة (٥١/١٢) . المنهاج ص (١٥٦) . الغاية القصوى (١٠٣١/٢) .

(٣) في الأصل : « بأحدهما » والمثبت من (أ) ، (ب) وهو أليق ؛ لأن الضمير يعود على الشهادة وهي مؤنثة لفظًا .

(٤) وهو المذهب . انظر : الوجيز (٢٦٨/٢) . الروضة (٥٨/١٢) . المنهاج ص (١٥٦) . الغاية (١٠٣١/٢) .

(٥) زيادة من (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « يقدمان » .

الأظهرُ [١] .

الثالثة : تقديمُ الشاهدين على شاهد] [٢] ويمينٍ ، فيه قولان في الجديد ، والأصحُّ : الترجيحُ .

ثم حيث رَجَّحْنا [٣] ، لو اقترن اليدُ بالحجة الضعيفة ، فوجهان :

أحدهما : أنهما يتساويان .

والثاني : أنَّ اليد تُوجِبُ ترجيحَ الضعيف ؛ لأنها أقوى .

المدرك الثاني : اليد . ولا يخلو المتنازع فيه ، إما أن يكون في يدهما ، أو في يد أحدهما ، أو في يد ثالث :

الحالة الأولى : أن يكون في يد ثالث : ففي استعمال البينتين قولان :

أحدهما : أنهما يتساقطان ؛ لِتَكَاذُبِهما : وهو اختيار المزنيّ (رحمه الله) [٤] .

والثاني : الاستعمال [٥] ، وفي كيفيَّته ثلاثة أقوال :

---

(١) والمذهب أنه لا ترجيح أيضًا . انظر الوجيز (٢/٢٦٨) . الروضة (١٢/٥٨) . المنهاج ص (١٥٦) . الغاية (٢/١٠٣١) . وقال ابن الصلاح : «قوله : (شاهدان مقدمان على شاهد وامرأتين ومنهم من قطع بطرد القولين ، وهو الأظهر) فترك الطريقة المذكورة وهي القطع بالتسوية ، ونقل طريقتين : الأولى منهما لا تُعْرف ، والثانية عن نفسه . وهي طريقة الفوراني . وقد نقل شيخُه عن الأصحاب القطعَ بعدم الترجيح ، وذكر ذلك في « البسيط » عوضًا عن طريقته الأولى المذكورة هاهنا . ووجدتُ في « تعليق » القاضي حسين : أنه لا خلافَ في أنه لا ترجيح . وهذا مع نَقْلِه القولين في الترجيح بزيادة العدد وزيادة العدالة ، وذلك منه – وممن سَلَك مَسْلَكه – مُشْكِلٌ ؛ لم أجدْهم تعرَّضوا لبيانه ، ولعلَّ وجْهَه أن في الرجل والمرأتين زيادةَ العدد ، وفي [الرجلين] زيادة العدالة ، فَتَقَاوَمَتَا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠١/أ) .

(٢) ما بين الحاصرتين ساقط من الأصل ، وثابتٌ في (أ) ، (ب) .

(٣) أي رجحنا الشاهدين على الشاهد واليمين ، وهو الأصح كما ذكر .

(٤) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة (١٢/٥١) . المنهاج ص (١٥٦) . الغاية (٢/١٠٣١) .

(٥) أي استعمال البينتين ، وعلى هذا القولِ تُنْتزع العينُ المدَّعَاة ممن هي في يده .

أحدها : أنّه يُقْسم بينهما . وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) ؛ لأنّ كلَّ بينةٍ سببٌ لكمال الملك [1] ، وقد ازدحما ، فيقسط عليهما [2] .

والثاني : أنه يُتَوَقَّف إلى الاصطلاح ؛ لأنّ مَنْ قسم فقد خالف موجبَ البينتين جميعًا .

والثالث : أنه يُقْرَع بينهما ؛ [3] لأنه يُقْرع عند الإشكال [3] . فعلى هذا ، هل يجب الحلفُ على من خَرَجت القرعةُ له ؟ فيه قولان [4] .

ثم اعلمْ أنّ قولَ « الاستعمال » لايجري إذا تَكَاذَبَا صريحًا بحيث لا يُمْكن الجمعُ [بينهما] [5] كما لو شهدتْ إحداهما [6] على قَتْلٍ في وقتٍ ، وشهدت الأُخرى على الحياة في ذلك الوقت [7] ، ....

(١) في الأصل : « سبب إكمال الملك » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) انظر الدر المختار (٤٥٦/٤) . اللباب شرح الكتاب (٣٢/٤) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لأن القرعة تُشْرع عند الإشكال » .

(٤) وفي الروضة (٥١/١٢) أنه « يحلف مَنْ خرجت قرعته أن شهوده شهدوا بالحق ، ثم يَقْضي له » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) يعني إحدى البينتين .

(٧) قال الحموي : « قوله فيه : (الحالة الأولى : أن تكون في يد ثالث ، ففي استعمال البينتين قولان : أحدهما : تسقطان ؛ لتكاذبهما ، وهو اختيار الزني ، والثاني : الاستعمال ، وفي كيفيته ثلاثة أقوال : أحدها : أنه يقسم بينهما ، وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأن كل بينة سبب لكمال الملك وقد ازدحما فتسقط عليهما . والثاني : أنه يتوقف إلى الاصطلاح ؛ لأن من قسم فقد خالف موجب البينتين جميعًا ، والثالث : أنه يقرع بينهما عند الإشكال . فعلى هذا فهل يجب الحلف على من خرجت له القرعة ؟ فيه قولان . ثم اعلم أن قول الاستعمال لا يجري إلا إذا تكاذبا صريحًا ، بحيث لا يمكن الجمع كما إذا شهدت إحداهما على قتل في وقت ، وشهدت أخرى على الحياة في ذلك الوقت) .

قلت : مقتضى ما ذكره أن كل ما وقع التكاذبُ صريحًا لا يمكن فيه الجمعُ ، لا يجري فيه قولُ الاستعمال ، ويكون ذلك قياسًا على ما إذا شهدت إحداهما على القتل في وقت ، وشهدت الأخرى على الحياة في ذلك الوقت ، وإنه ليس كذلك ، فإنه من جملة صورة وقوع التكاذب صريحًا ، وإنه لا يحسن أن يقاس ذلك عليه كما لا يخفى .

قلت : ليس مراده بأن يجعل ذلك مقاسًا عليه ، وإنما ذكره بيانًا لصورة التكاذب ، وأصل المذهب ألا يجري على الأقوال في التكاذب ، بل لو تعارضت البينتان في الأملاك [كان] كما لو تعارضت كل واحدة منهما لتأقيت عند بدو أول قرص الشمس فيجري قول الاستعمال ، ثم تفريع الأقوال الثلاثة في كيفية الاستعمال ، وتعارض البينتين كتعارض الخبرين » . إشكالات الوسيط (ق ١٩٧ /أ - ١٩٨ /أ) .

بل حيث يتوهَّم تأويلٌ [١] ، كما لو شَهِدَا على الملك ، فإنا نقول : لعلَّ كلَّ واحدٍ سمع وصيَّتَه له ، أو شراءً ، أو غيره [٢] . ومنهم من طرد القولين مع استحالة الجمع . وهو بعيد .

وكذلك قولُ « القسمة » لا يجري حيث تمتنع القسمةُ ، كالمرأة التي يدَّعيها زوجان [٣] ، وكذا قولُ « الوقف » ؛ لأن الصلح غير ممكن ، وفي جريان قولِ « القرعة » وجهان [٤] .

فروع

أحدها : دارٌ في يدِ ثالثٍ ، ادعى واحدٌ كلَّها ، وأقام بينة ، وادعى آخرُ نصفَهَا ، وأقام بينةً .

أمّا النصفُ فقد تعارَضَا فيه ، ففيه الأقوالُ الأربعة . والنصفُ الآخر لامعارضَ له ، لكن إن قلنا بالتهاتر ، بطلتْ بينتُه في بعضِ موجبها ، فهل تَبْطل في الباقي ؟ فيه وجهان .

الثاني : / دارٌ في يد ثالثٍ ، ادَّعى واحدٌ نصْفَها ، فَصُدِّق . وادعى آخرُ النصفَ الآخرَ ، ٣٠٤/أ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « بل حيث نتوهم تأويلًا » . والمعنى أن قول استعمال البينتين يجري حيث يُمْكن توهُّم الصدق فيهما ولو مع التأويل وتقدير الاحتمال .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في إمكان تأويل البينتين المتعارضتين في الملك : (لعل كل واحد سمع وصيته له أو شراء) ينبغي أن يجعل الوصية والشراء على مرتين – كما فعله شيخه (رحمهما الله) . والوصية يقرب فيها الجمع والتأويل ، بأن تكون إحدى البينتين سَمعت وصيةَ المِلْك أولًا بجميع العين لأحد المدعِيَيْنِ . ثم سَمعت الأخرى وصيةً بجميعها للآخر ، ولم يَعلم كلّ واحد منهما بما سمعتْه صاحبتُها ، والعينُ في نفس الأمر مشتركةٌ بينهما ، كما عرف .

وأما الشراء ، فذكر الإمام أن صورته أن تشهد إحداهما لواحد بشراء عينٍ ، وتشهد الأخرى [للآخر] بشراء تلك العين ، مع اتحاد التاريخين . قال : فتأويل الاجتماع على التصديق بعيد ، ولم يَذكر وجهَه مع إشكاله ، فقلت : يمكن ذلك بأن تكون تلك العينُ مشتركةً بين شخصين نصفين ، وكلُّ واحد منهما وكيلٌ لشريكه في بيعه ، فباعَها كلُّ واحد منهما من شخص في تاريخ واحد ، وحضر شراءَ كل واحد من المشترِيَيْنِ بينةٌ عارفة بوكالة البائع من شريكه ، وكان قد انعزل – بجنونٍ ظهر أو غيره – فشهدت له بشراء العين بكمالها ؛ لكونها لم تعلم بالانعزال ؛ فهما صادقان على نحو ما سبق في مسألة الوصية ، والثابتُ – في نفس الأمر ، لكل واحد من المشتريين – نصفُ المبيع . وهكذا يتصوّر مثلُه في غير الشراء ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ق ٢٠١/أ – ٢٠١/ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله في المرأة التي يدعيها زوجان : (قول الوقف لا يجري ؛ لأن الصلح غير ممكن) هكذا ذكره شيخه وحكاه عن الأئمة ، وذكر صاحب « التهذيب » أنه يجري ، وهذا هو الصحيح ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠١/ب) . وانظر الروضة (٥٢/١٢).

(٤) والأصح أن القرعة لا تجري ها هنا . انظر الروضة (٥٢/١٢) .

فكذَّبه صاحبُ اليدِ والمدَّعِي الآخرُ - وهما لا يَدَّعِيَانِ لأنفسهما - ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنها تُسلَّم إليه ؛ إذ لامُدَّعيَ لها سواه .

والثاني : أنه مالٌ لا مالك له ، والثاني (١ يُترك في يده ؛ فإنه لا حجة لمدَّعيه ١) .

والثالث : أنه تُنتزع من يده ، وتُحْفظ إلى أنْ نتبيَّنَ مالكه (٢) .

الثالث : أقرَّ الثالثُ لأحدهما ، فهل يُوجب إقرارُ صاحب اليد الترجيحَ ؛ بمنزلة اليد ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم كاليد .

والثاني : لا ؛ لأن هذه يدٌ مستحقة الإزالة باليقين (٣) .

الحالة الثانية : أن تكون في يد أحدهما .

فعندنا تُقَدَّم بينةُ صاحب اليد - وهو الداخل - على بيِّنة الخارج . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا أَثَرَ لبيِّنة صاحب اليد (٤) . ولكنا نقول : للداخل في إقامة البينة ستة مقاماتٍ :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أنه مالٌ لا مالك له ؛ فيصرف في المصالح ، فإنه لا حجة لمدعيه » .

(٢) وهذا الوجه هو الأقوى . انظر الروضة (٥٥/١٢) .

(٣) في نسخة أخرى : « مستحقه الإزالة بالبينتين » . كذا على هامش الأصل .

(٤) من ادعى ملكا مطلقًا في يد غيره ، فأنكره صاحبُ اليد ، وكان لكل منهما بينة ، فإن بينة المدعي تُسمى « بينة الخارج » ، وبينةُ المدعى عليه تُسمى « بينة الداخل » ، وهاتان البينتان إما أن تكونا غير مؤرختين ، أو مؤرختين بتاريخ واحد ، أو تاريخ إحداهما أسبق من الأخرى ، أو إحداهما بتاريخ والأخرى من غير تاريخ ، ففي هذه الصور : تُقَدم بينة الخارج على بينة الداخل عند أبي حنيفة والحنابلة وهو المشهور عن أحمد ، إلا إذا كان تاريخ إحداهما أسبق من الأخرى ، فإنه يُقضى بها للأسبق تاريخًا اتفاقًا .

وعند المالكية والشافعية : تُقَدم بينةُ الداخل ؛ لأنهما استويا في إقامة البينة ، فتعارضت البينتان ، وترجحت بينةُ صاحب اليد بحيازته ؛ ولأن جانب المدعى عليه أقوى ؛ استصحابًا للأصل ، فالأصل معه ، وهو بقاء ما كان على ما كان . انظر : المبسوط (٣٢/١٧) . طريقة الخلاف في الفقه ص (٤٠٢-٤٠٥) . تكملة شرح فتح القدير (١٧٣/٨ - ١٧٥) . الشرح الكبير (٢٢١/٤) مختصر المزني ص (٣١٤) . المغني لابن قدامة (٢٧٥/٩ ، ٢٧٦) . الفقه الإسلامي وأدلته (٥٢٩/٦ - ٥٣٢) .

المقام الأول : أن لا يكون عليه مُدَّعٍ [١] وأراد إقامة بيِّنة للتسجيل ، فالمذهب أنه لا تسمع ؛ إذ لا حجة إلا على خصم ، فطريقه أنْ ينصب [٢] لنفسه خصمًا . وفيه وجه : أنه تُسْمع لِغرضِ التسجيل وإثباتِ الملك ؛ فإن اليد لا تُثْبت الملك .

المقام الثاني : أن يكون له خصمٌ مُدَّعٍ [٣] لا بينةَ له ، فأراد الرجلُ إقامة البينة لِيَصْرف اليمينَ عن نفسه . فالمذهبُ : أنه لا تُسْمع ؛ إذ الأصلُ في جانبه اليمينُ بنصّ الخبر ، وإنما يُعْدَل إلى البينة حيث لا تَكْفيه اليمينُ . وخَرَّجَ ابن سريج قولًا : أنه تُسمع كما في [٤] المودَع تُسمع بينتُه وإنْ قدر على اليمين .

المقام الثالث : أن يُقيم المدعي بينةً ولكن لم تعدَّلْ ، فهل تُسمع بينة الداخل قبل التعديل ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم كما بعد التعديل إذا [٥] قامت أصلُ الحجة [٦] .

والثاني : لا ؛ لأنه لا حاجة إلى أن يخالف منصبَه ويُنْهض مدعيًا ، والبينة تقبل من المدعي .

المقام الرابع : إذا عُدّلت بينة المدعي ، ولم يَبْقَ إلا القضاء ، فهذا أوانُ بينتِه ، فتُسْمع عندنا قطعًا ؛ لأنَّ كونَه صاحبَ اليد : لا يمنعه من دعوى الملك حيث لا تُغْنيه اليدُ . ولا التفاتَ إلى قولِ مَنْ يقول : إنَّ بينته إنما تعتمد ظاهرَ يده ؛ لأنَّ بينة الخارج إنما تعتمد أيضًا يدًا كانت له ؛ لأنّ اليدَ والتصرُّفَ دليلُ الملك ، وكونُه مقارنًا لا يُؤَثر . ومن أصحابنا من ارتاع منْ هذا وشَرَط في بينه الداخل أن تشتمل على إسناد [٧] الملك إلى سبب ، ولم يسمع على الملك المطلق . وهو ضعيف .

ثم اختلف الأصحابُ في أنهما يتهاتران ، ويُسَلّم الملك للداخل بيمينه ، أو ترجح باليد ، فيحكم له بموجب البينة ؟ فإنْ قلنا : يرجح ، فهل يلزمه الحلفُ مع بينته ؟ فيه وجهان كما ذكرناه عند التفريع على قول القرعة [٨] .

---

(١) في النسخ الثلاثة : « مدعي » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ينسب » .

(٣) في النسخ الثلاثة : « مدعي » .

(٤) في (أ) : « كما أنّ » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « إذ » .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (١٢/٥٩) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « استناد » .

(٨) والأصح أنه لا يحلف إذا قلنا : إن القضاء للداخل بالبينة المرجَّحة باليد . انظر الروضة (١٢/٦٠) .

المقام الخامس : إذا لم تكنْ بينتُه [١] حاضرةً حتى أزلنا يده ، فجاءت بينتُه . فإن ادعى ملكًا مطلقًا ، فهو بينة مِنْ خارجٍ . وإن ادعى ملكًا مستندًا إلى ما قبل إزالة اليد [٢] وزعم أن البينة كانت غائبة ، فوجهان :

أحدهما : أنها تردُّ إليه ، وتُرجح باليد ولا حكم للإزالة السابقة .

والثاني : أنه كالخارج ؛ لأنَّ تيك اليد قد اتصل القضاءُ بزوالها ، فلا ينقض .

المقام السادس : إذا أقام بعد القضاء باستحقاق الإزالة ولكن قبل التسليم ، فوجهان مرتبان وأولى بأن ترجح .

فرعان

الأول : لو أقام الخارجُ بينةً على الملك المطلق ، وأقام الداخلُ بينةً على أنه مِلْكُه اشتراه من الخارج : تقدم بينةُ الداخل كما لو أطلق ، ولا تُزَال يَدُه قبل إقامة البينة . وقال القاضي : تُزَال يده إذا ادعى ذلك ؛ إذ يُقال : اعترفتَ له بالملك فَسَلِّمْ إليه ، ثم أثبتْ ما تَدَّعِيه من الشراء . وكذلك لو قال : أدعي أنه أبرأ عن الدَّيْن المدَّعَى به ، يُقال له : سَلِّم الدَّيْنَ ، ثم أَثْبتِ الإبراءَ ، فقد انتهضت الخصومة الأولى ؛ كما إذا ادعى على الوكيل بالخصومة إبراءَ موكّله الغائب . وجماهيرُ القضاةِ على أنه لا يُطَالب بالتسليم إذا كانت البينةُ حاضرةً بخلاف الموكّل الغائب ، فإنّ تأخيرَ ذلك يَطول . وكذا لو قال : لي بينةٌ غائبة ، فيكفيه تسليمُ العَيْنِ والدين في الحال .

الفرع الثاني [٣] : مَنْ أقرَّ لغيره بملكٍ ، ثم عاد إلى الدعوى : لم تُقْبل دعواه حتى يدعي تلقي الملك منه . أمّا إذا أُخرج مِنْ يده بينة ، فجاء يَدّعي مطلقًا ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لا يُقْبل ؛ إذ البينة في حقه كالإقرار .

والثاني : أنه يُقبل ؛ لأنّ الرجل يُؤاخذ بإقرار نفسِه في الاستقبال ، ولولاه لم يكنْ في الأقارير فائدةٌ .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « بينة » .

(٢) في (أ)، (ب) : « البينة » والصواب ما في الأصل .

(٣) كلمة : (الفرع) زيادة من (أ) ، (ب) .

أما حكم البينة فلا يلزم بكل حال . ولا خلاف أنّ دعوى ثالثٍ بالملك مطلقًا : تسمع ؛ إذ لم يلزمه حكمُ البينة المقامة على غيره . فهذا ثلاثُ مراتب ، فَلْتُفْهَم .

الحالة الثالثة : أن تكون الدار في يدهما ، وادعى كلُّ واحدٍ جميعَها :

فإنْ لم تكن بينةٌ ، فيتحالفان ؛ إذْ كلُّ واحدٍ مُدَّعٍ في النصف ، مُدَّعًى عليه في النصف . فيبدأ القاضي بمن يراه أو بالقرعة ، فإنْ حلفا أو نَكَلا ، بقيَ الدارُ في يدهما كما كان . وإنما يحلف كلُّ واحدٍ على النَّفْي بخلاف المتحالفين في البيع ؛ إذْ كلُّ واحدٍ يحلف على إثباتِ ما يدّعيه ، ونَفْيِ ما يُدَّعَى عليه / لأنه ليس يتميّز في البيع المدَّعِي عن المدَّعَى عليه ، أمّا هاهنا ، فالتمييزُ ظاهرٌ ؛ ٣٠٤/ب إذ نصفُ الدارِ مميّزٌ [(١)] عن النصف الآخر . ومنهم من قال : في المسألتين [(٢)] قولان بالنقل والتخريج .

أما إذا حلف الأولُ ، ونكل الثاني : رُدَّت اليمينُ على الأول ، فيحلف على الإثبات في النصف الآخر ؛ لأنَّ هذه يمينُ المدعي المردودة .

فلو أقام الناكلُ بينةً بعد اليمين المردودة ، ففيه وجهان يَنْبنيان على أنّ اليمين المردودة كالإقرار أو البينة ؟ فإن قلنا : إنها كالإقرار ، لم تُقْبل . أما إذا نكل الأولُ ، فَتُعْرض على الثاني يمينُ النَّفْي واليمينُ المردودة . وفي تعدد اليمين وجهان :

أحدهما : أنه يتعدَّد ؛ لتعدد الجهة .

والثاني : أنه تكفي يمينٌ واحدة جامعةٌ بين النَّفْي والإثبات ؛ للإيجاز [(٣)] ، فيحلف أنَّ جميعَ الدار له ليس لصاحبه فيها حقٌّ . فلو قال : واللّهِ ، إنَّ النصف الذي يدَّعيه ، ليس له فيه حقٌّ ، والنصفُ الآخرُ هو لي : اكتفي بذلك .

أما إذا كان لأحدهما بينةٌ : فَتُسْمع ابتداءً وإن كان داخلا في النصف ، ولكنْ تُسمع تابعًا للنصف الآخر وإنما ينقدح الردُّ على ردِّ بينة الداخل وحده إذا [(٤)] أنشأ مع الاستغناء عنه ، وههنا احتاج لأجل النصف .

ولكن [(٥)] لو أقام الثاني بينةً ، فقد قيل : الآنَ ، يجب على الأول إعادةُ بينته ؛ لِيَقعَ بعد بينة

(١) في (أ) ، (ب) : « متميز » .
(٢) في نسخة أخرى : « في المسألة » كذا على هامش الأصل .
(٣) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٥٣/١٢) .
(٤) في (أ) ، (ب) : « إنْ » .
(٥) في الأصل : « لكن » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .

الخارج . ولا يَبْعُد التساهلُ فيه أيضًا .

المدرك الثالث : اشتمال إحدى البينتين على زيادةِ تاريخٍ ، أو سببِ ملكٍ .

والنظرُ في أطراف :

الأول : في التاريخ . فإنْ تساوَيَا في التاريخ فيتعارضان [١] . وإنْ شهِدَتْ إحداهما على الملك منذ سنة ، والأخرى منذ سنتين ، ففيه قولان :

أحدهما : أنهما يتعارضان ؛ إذ المطلوبُ هو الملك [٢] في الحال ؛ فلا تأثير للسبق .

والثاني : ترجّح السابقة [٣] . وهو اختيار المزنيّ [٤] ومذهبُ أبي حنيفة (رحمه الله) ؛ لأنّ ما سَبَق ثبوتُه ، فالأصلُ بقاؤه ، فيصلح [٥] للترجيح واستدلَّ المزنيُّ بما لو شهدتْ إحداهما النتاجَ [في يده] [٦] أو سببٍ آخر [٧] من أسباب الملك [فإنَّه يُقْضى بتقديمها] [٨] : وقضى الأصحابُ بطرد القولين وإنْ شهدتْ إحداهما على سبب الملك أيضًا .

ويجري القولان في بينة الزوجين على الزوجية إذا سبق التاريخُ . فإن كانت إحدى البينتين مطلقةً ، والأخرى مؤرخة فقولان مرتبان وأولى بأنْ لا ترجح [٩] ؛ لأن المطلقة كالعامّة .

أما إذا كان السَّبْقُ في جانب ، واليدُ في جانب [١٠] : فإنْ قلنا : السبقُ لا ترجيح به ، فاليدُ مقدمةٌ . وإن رجحنا به ، فهاهنا ثلاثةُ أوجهٍ :

---

(١) ومن ثَمَّ فلا تُرَجَّح إحداهما على الأخرى .
(٢) في (أ) ، (ب) : « المال » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ترجيح السابقة » . والمذهب على هذا القول الثاني . انظر الروضة (٦٢/١٢) . والغاية القصوى (١٠٣١/٢) .

(٤) انظر اختيار المزني (رحمه الله) في مختصره ص (٣١٥) . ومذهب أبي حنيفة في تكملة شرح فتح القدير (١٧٣/٨) .

(٥) قوله : « فيصلح » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٧) في (أ) ، (ب) : « وسببِ آخر » .

(٨) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « وأولى بأنْ لا ترجيح » . والمذهب في هذه المسألة أنهما متعارضتان ؛ ومن ثم فلا ترجح إحداهما على الأخرى . انظر المنهاج ص (١٥٦) .

(١٠) أي السبق في التاريخ ثابت في بينة أحد المتنازعين ، والمتنازَع عليه في يد الآخر .

أحدها : أنَّ السبق أولى .

والثاني : اليدُ أولى [1] .

والثالث : أنهما يتعارضان .

تنبيهات

الأول : إذا شهدت البينةُ على ملكِ إنسانٍ بالأمس ، ولم تتعرَّضْ له في الحال : لم تُقَبل - على الجديد - بخلاف مالو شهد على إقراره بالأمس ، فإنه يثبت الإقرار ، والإقرارُ الثابت مُسْتَدَامٌ حكمُه ، وعليه عَمَلُ الأولين [2] ، وإلا لبطلت فائدةُ الأقارير ؛ لأن المقِرَّ يُخْبر عن تحقيقٍ ؛ فيظهر استصحابُه ، والشاهدُ يَشْهد على تخمينٍ في الملك ، فإذا لم ينضمَّ إليه الجزمُ في الحال : لم يؤثر . وكذلك لو شهدت البينةُ على أنه كان مِلْكَه بالأمسِ اشتراه من صاحب اليد : فتُقْبل ؛ لأنه يُدْرَك يقينًا ، بخلاف مالو قال : اشتراه من غيره ؛ لأنه لا يكون حجةً على صاحب اليد . أمّا إذا أقرَّ المدَّعىَ عليه بملكٍ سابقٍ ، وقال للمدَّعِي : كان مِلْكَكَ أمْسِ ، فهل يلزمه التسليمُ استصحابًا ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه يلزمه ؛ كما لو ثبت إقرارُه بالأمس [3] .

والثاني : لا ، كما لو شهدت البينةُ على ملكِه بالأمس ، فإنه مردَّدٌ بينهما . فهذه ثلاثُ مراتب . وهاهنا قول قديم : أنّ البينة - وإنْ شهدت على الملك بالأمس - فَتُقْبل ؛ كالإقرار بالأمس . ووجهٌ غريبٌ مَالَ إليه القاضي : أن الإقرار السابق - إذا شهدت عليه البينةُ - لا يُسمع : ما لم يتعرَّض الشاهدُ للملك في الحال . والمشهورُ الفرقُ كما سبق [4] .

التفريع : إذا فرعنا على الجديد ، فسبيلُ الشاهدِ أن يقول : كان مِلْكَه بالأمس ولم يَزُلْ ، أو : هو الآن مِلْكُه ، ويكون [5] مستنده فيه الاستصحاب ، ويجوز ذلك إذا لم يَعْلم مُزِيلًا ، فلو

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (٦٣/١٢) . والمنهاج ص (١٥٦) .

(٢) في الأصل : « عَمِلَ الأولون » والأولى سياقًا ما في (أ) (ب) وهو المثبت .

(٣) وهذا هو الأصح . انظر الروضة (٦٤/١٢) .

(٤) أي الفرق بين الإقرار والبينة .

(٥) في الأصل : « يكون » بدون الواو ، وهي ثابتة في (أ) ، (ب) .

صرَّح بأني مُستصحبٌ ملكَه ؛ فإني لا أعلم مُزيلًا ؟ قال الأصحاب : لا تُقْبل ؛ كشهادة الرّضاع على صورة الامتصاص وحركةِ الحلقوم . وقال القاضي : تُقبل ؛ إذ نعلم أنه لا مستند له سواه بخلاف الرضاع إذ يُدْرِك ذلك بقرائن لا تُعْرِب العبارةُ عنه . نعم ، لو قال الشاهد في معرضِ مرتابٍ : لا أدري ، أَزَال ملكُه ، أو لم يَزُل ؟ لم تُسمع ؛ لفسادِ الصيغة .

أما إذا قال : لا أعلم مُزيلًا : كَفَاه ، وأكثرُ الأصحاب على أنه لابُدّ من الجزم في الحال .

ولا خلافَ أنَّ البينة لو شهدتْ بأنَّه كان في يد المدعي بالأمس : قُبِل / وجُعِلَ المدَّعِي ٣٠٥/أ صاحبَ اليد .

التنبيه الثاني : أنَّ البيّنة لا تُوجِب الملكَ ، لكن تُظْهِرُه ، ومن ضرورته [١] التقدمُ بلحظة على الإقامة [٢] . فلو كان المدَّعَى دابةً ، فنتاجُها الذي نتج قبل الإقامة : للمدَّعى عليه . وما نتج بعد الإقامة وقبل التعديل : فللمدَّعي .

فلو كانت شجرةً - ثمرتُها باديةٌ - فهي للمدّعَى عليه .

وفي الحمل احتمالٌ [٣] ؛ إذ انفصالُ الملكِ فيه ممكنٌ بالوصية . وهذا في البينة المطلقة التي لا تتعرّض لملك سابق .

التنبيه الثالث : أنَّ مقتضى ما ذكرناه أنْ لا يَرْجع المشتري بالثمن - إذا أُخِذ منه المبيعُ - ببينة مطلقة [٤] ؛ لأنه ليس يقتضي الزوال إلا من الوقت . قال القاضي : « يحتمل أن يُقال : لا يرجع إذا كانت الدعوى والبينةُ مستندةً إلى ملكٍ سابق . وإطلاقُ الأصحاب يُحْمل [٥] على

---

(١) أي الملك . (٢) يعني إقامة البينة .

(٣) يعني إذا كان المدَّعَى دابةً ، وهي حاملٌ ، وهذا الحمل يكون من حق المدعي - على الأصح - تبعًا للأم . انظر الروضة (١٢ / ٦٥) .

(٤) يعني إذا اشترى شيئًا ، فادعاه شخصٌ وأقام على ذلك بينةً ، فانْتُزِعَ المبيعُ منه ، وأُعْطِي للمدعي ، فليس للمشتري الرجوعُ بالثمن على البائع ؛ وذلك لاحتمال انتقال المبيع من المشتري إلى المدعي بملكٍ صحيح ، كَهِبَةٍ أو غيرِها . لكن الذي أطبق عليه الأصحاب ثبوت الرجوع كما سيذكر الغزالي (رحمه الله) . وانظر الروضة (١٢/٦٥) .

(٥) في الأصل : « يحتمل » . والمثبت في (أ) ، (ب) .

أنهم أرادوا ذلك ؛ فإنه غير نادر » لكنّه قال : في كلامِ الأصحاب ما يَدُلُّ على خلاف ما قلتُه ؛ إذ قالوا : لو أخذ من المشتري - أو المتَّهِب [1] من المشتري - فللمشتري الأولِ الرجوعُ على البائع منه [2] . ولعلَّ سببَه أنّ البينة إذا كانت مطلقةً لا تشهد على إزالة الملك ، فيحمل على الصدق المطلق ؛ فالحاجةُ تمسّ إلى ذلك في عهدة العقود .

أما إذا ادعى عليه : أنك أزلتَ الملكَ ، فأنكر وقامت البينة على إزالته : فلا رجوعَ له . وأمّا مجردُ دعوى المدعي للإحالة [3] عليه : فلا تمنع الرجوع [4] ؛ إذا لم تشهد البينة عليه .

التنبيه الرابع : لو ادعى أرضًا - وزَرْعُها فيها [5] - وأقام بينةً عليها وأنه زَرَعها ، وأقام صاحبُ اليدِ بينةً : أمّا الأرضُ فلصاحبِ اليدِ . وأمّا الزرعُ ، فيبنى على أنّ السبق واليد ، إذا اجتمعا ، أيُّهما يُقَدَّم ؟.

الخامس : إذا ادّعى ملكًا مطلقًا ، فذكر الشاهدُ الملكَ وسببَه : لم يَضرّ ، لكنْ إن طلب الخصمُ تقديم [6] حجته - لاشتمالها على ذكْرِ السبب - فلا يُجَاب إليه إلّا بأنْ تُعَاد البينة بعد دعواه ؛ فإنّ الذّكْر قبل الدعوى لاغ ، ولا تُجْرح البينة ، بخلاف ما لو ادّعى ألفًا ، فشهدت البينةُ على ألفين ، رُدّ [في] [7] الزيادة ؛ لأنها زيادةٌ مستقلة . وهل تُرَدُّ في الباقي ، كيلا تتبعَّضَ البينة ؟ فيه وجهان .

فإنْ قلنا : تُرَدّ ، فهل يَصير الشاهدُ مجروحًا به ؟ فيه وجهان يجري في كل شهادة تُؤدَّى قبل الدعوى .

ولو ذكر المدعي سببًا ، وذكر الشاهدُ سببًا آخر ، فالصحيحُ أنه لا يُقبل ؛ للتناقُضِ . وقيل : تُقْبل على المِلْكِ ويُلْغَى السبب .

* * *

---

(1) في (أ) ، (ب) : « أو من الواهب » .

(2) قوله : « منه » ساقط من (أ) ، (ب) .

(3) في (أ) ، (ب) : « للإزالة » .

(4) في (أ) ، (ب) : « فلا يمتنع الرجوع » .

(5) في الأصل : « وزَرْعًا فيها » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(6) في (أ) : (ب) : « تقدم » .

(7) زيادة من (أ) ، (ب) .

الطرف الثاني
التنازع في العقود

وفيه مسائل :

الأولى : إذا قال صاحبُ الدار : أكريتُ [١] بيتًا من الدار بعشرة . وقال المُكْتَرِي : بل اكتريتُ الكلَّ بعشرة . وأقام كلُّ واحد بينةً [٢] . قال ابن سريج : بينةُ المكتري أولى ؛ لاشتماله على ذكر زيادةٍ ، حتى لو قال المكري : اكتريتَ جميع الدار بعشرين ، وقال المكتري : بل بعشرة ، فبينةُ المُكْرِي أولى ؛ لأنّ فيه زيادةً ، وهو ضعيفٌ . بل الصحيحُ التعارضُ [٣] ؛ لأنّ هذه زيادةٌ في مقدار المشهود به ، وليس فيه زيادةُ إيضاحٍ ، بخلاف استناد الملك إلى سببٍ أو تاريخٍ سابقٍ . فإنْ فرّعنا على التعارض ، ورأينا التهاتر [٤] ، فيتحالفان وكأنه لا بينة ، ولا تُجْعَل [٥] الزيادةُ مَرْعيةً ، وبه يتبينُّ [٦] ضَعْفُ رَأْيِ ابنِ سُريج . وإن قلنا بالوقف ، فلا وَجْهَ له ؛ إذِ المنافعُ تفوت . وإنْ قلنا بالقسمة فكذلك ؛ فإن الزيادة يَدّعيها واحدٌ . وينفيها الآخرُ ، وإنما يمكن القسمة إذا ادّعى كلُّ واحد لنفسه . وأما القرعةُ فممكنٌ ، ولكن استعمالُها ضعيفٌ ؛ لأنها لا تُستعمل إلا في إفراز الحقوق المشتركة ؛ لينقطع النزاعُ ، أو في العتق ؛ للخبرِ .

ومن رأى القسمة أو الوقْفَ وتعذّر عليه : اختلفوا ، منهم من رجع إلى قول التَّهَاتُر ؛ لِعُسْرِ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « اكتريتَ » .

(٢) وهنا حالتان أخريان للمسألة :

الأولى : ألا يكون لكل منهما بينةٌ على دعواه ، فيتحالفان ، ثم يفسخ العقد ، وعلى المستأجر أجرةُ مثلِ ما سكن في الدار أو البيت .

الثانية : أن يُقيم أحدُهما بينةً دون الآخر ، فَيُقْضى بالبينة . انظر الروضة (١٢ / ٦٧) .

(٣) وهو الأظهر والمنصوص كما في الروضة (١٢ / ٦٧) . والوجيز (٢ / ٢٧٠) . والغاية القصوى (٢ / ١٠٣١) .

(٤) يعني إسقاطَ بينةِ كلٍّ منهما وعدمَ الاعتداد بها . انظر معجم لغة الفقهاء ص (١٤٨) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وتُجْعل » .

(٦) في الأصل و (أ) : « وبه تبين » . والمثبت من (ب) .

الاستعمال . ومنهم من رجع إلى الطريق الممكن في الاستعمال - وهو القرعة - فيرى الاستعمال بأحد الطرق [١] أولى من التهاتر .

الثانية : إذا ادّعى رجلان دارًا في يدِ ثالثٍ ، يزعم كلٌّ واحدٍ أن الثالث قد باعه ، وقبض منه مائةً في [٢] ثمنها ، فتجري الأقوالُ الأربعة في بيّنَتَيْهِما [٣] ، لكنْ لابُدّ من البينة ؛ لأمور :

(أحدها) [٤] : أنّا - على قول « القرعة » - نُسَلّم الدارَ إلى من خرجت قرعتُه ، ونُسَلم الثمنَ إلى الثاني ؛ لأنّ القرعة مؤثرة [٥] في محلّ التناقض وهو رقبة الدار . أما اجتماعُ الثمنين عليه فممكنٌ لا تضادَّ فيه .

وعلى قول « الوقف » تُخرج الدارُ والثمنُ من يده ، ويتوقّف فيهما .

وعلى قول « القسمة » يأخذ كلٌّ واحدٍ نصفَ الدارِ ونصفَ الثمنِ . ثم لكلٍّ واحدٍ أن يمتنع

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الطرفين » . (٢) في (ب) : « من » .

(٣) في الروضة إيضاح لهذه المسألة وبيانٌ لحالاتها الممكنة ، فأنقلها مع شيء من التصرف :

« فإذا ادعى كلٌّ منهما ذلك ، فإن أقرّ صاحبُ اليد لأحدهما ، سُلّمت إليه الدار .

وإن أنكر صاحب اليد ما ادَّعَيَاه ولا بينةَ لأحدهما : حلف لكل واحد يمينًا وبَقيت الدارُ في يده .

وإن أقام أحدُهما بينةً ، سُلمّت الدار إليه ، وليس للمدعي الآخر تحليفُه ؛ لأنه لم يُفَوِّت العينَ عليه ، وإنما أُخذت بالبينة ، وله دعوى الثمن .

وإن أقاما بينتين ، نُظر : إن كانتا مؤرختين بتاريخ مختلف ، قدّم أسبقهما تاريخًا . فإن لم تكونا كذلك ، فللمدَّعَى عليه حالتان :

الأولى : أن يستمرّ على التكذيب ، فتتعارض بينتاهما ، فإن أجرَيْنا قولَ السقوط فيهما ، حلف المدعى عليه لكل واحد منهما ؛ كما لو لم تكن بينةٌ . وهل لهما استردادُ الثمن ؟ وجهان : الأصح : نعم . وهذا إذا لم تتعرض البينةُ لقبض المبيع . فإن تعرضتْ فلارجوع بالثمن ؛ لأن العقد استقر بالقبض .

وإن قلنا : تُستعمل البينتان ، فيصح مجيءُ قول « الوقف » فتنزع الدار من يده والثمنان ، ويوقف الجميع » .
وانظر الحالة الثانية وتفصيلَها في الروضة (١٢ / ٦٨ ، ٦٩) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « الأول » . (٥) في الأصل « مؤثر » والمثبت من (أ) ، (ب) .

عن النصف لِتَبَعُّضِ المبيع عليه [١] ؛ فيرجع إلى جميع الثمن .

فإنْ فسخ أحدُهما ، فللآخِر أنْ يَطلب جميعَ الدار ؛ إذ يقول : كانت القسمةُ لأجل المُزَاحم ، وقد اندفع . وفيه وجه : أنه يقتصر على النصف .

الثاني : أن الشيخ أبا محمد قال : « لا أُجْرِي قول / القرعة إذا كانتا مطلقتين غير مؤرختين [٢] حتى يؤرخا بتاريخ واحد يظهر تناقضُه ؛ إذ هي لتمييز الكاذب ، وصِدْقُهما ممكنٌ بتعاقُبِ عقدينِ بعد تخلُّلِ ملكٍ » ، وهذا ضعيفٌ ، بل هي لتقديم أحدِ المتساويين . ٣٠٥/ب

الثالث : أن الربيع خرَّج قولًا خامسًا : وهو أن تُستعمل البينتان لِفَسخِ العقدين ؛ إذ تعذّر عَقْدُ كلٍّ واحدٍ بسبب بينة الآخر .

الرابع : أن الأقوال تجري إذا كانتا مُطْلقتين ، أو مؤرختين بتاريخ واحد . أما إذا سَبَق تاريخُ إحداهما ، فهي مقدمةٌ ؛ لأنّ البيع [٣] إذا ثبت سَبْقُه مَنَع صحةَ مابعده .

المسألة الثالثة : عكس الثانية ، وهو أن يدّعي كلُّ واحدٍ منهما بَيْعَ الدار من الثالث بألف ، ومقصودُهُما طَلَبُ الألفِ وتركُ الدار في يده : فالصحيح أنّ الأقوال لاتجري ؛ لأنّ الذمة مُتَّسِعَة [٤] لإثبات الثمنين [٤] ، فيلزمه تَوْفِيَتُهما ، بخلاف ما إذا كان المطلوبُ منه رقبة الدار [لأنها واحدة تضيق] [٥] . ومن الأصحاب مَنْ أَجْرَى الأقوالَ ؛ لأنهما رَبَطَا الثمنين [٦] بعين واحدة ، ولا يصحّ ذلك إلا إذا عينا وقتًا واحدًا يستحيل تقدير الجمع ، وإلا فلزوم الثمنين [٦] في عقدين بينهما ببدل ملك : ممكن ، إلا أنّ تعيين وقتٍ واحد لايتسع [٧] لكلمتين أيضًا : لا يُدْركه الحِسُّ إلا إذا اكتفينا بجواز شهادة النَّفْي مهما استند إلى وقت معيَّن ؛ فإن السكوت عن البيع يُشَاهد ، فنعلم أنه نفى البيع ، وفي مثل تلك الشهادة خلافٌ [٨] .

(١) قوله : « عليه » ساقط من (أ) ، (ب) .
(٢) يعني بينة كلٍّ واحد من المدّعِيَيْنِ .
(٣) في (أ) ، (ب) : « الشراء » .
(٤) في (أ) ، (ب) : « لإثبات اليمين المردودة » .
(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٦) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .
(٧) في (أ) ، (ب) : « لا يسع » .
(٨) وفي الروضة (١٢ / ٧٣) أن الأصح من هذا الخلاف قبول هذه الشهادة ؛ لأن النَّفْيَ المحصور ، كالإثبات في إمكان الإحاطة به .

المسألة الرابعة : ادعى عبدٌ أنّ مولاه أعتقه ، وادعى آخرُ أنّ مولاه باعَه منه ، وأقام كلٌّ واحد بينةً . فإن كان فيهما تاريخ : قُدم السابقُ ؛ لأنه يَمنع صحةَ ما بعده . وإن لم يكن ، جَرى الأقوالُ كلُّها .

وعلى قول القسمة ، يعتق نصفُ العبد ، ويحكم بالملك في النصف . والصحيحُ : أنه لا يَسْرِي إليه العتْقُ ؛ لأنه محكوم به قهرًا . وذكر العراقيون قولين ، وزعموا أنه يَسْرِي [إليه العتق] [١] في قولٍ ؛ لأنه حكم عليه باختياره العتق . واعترض المزنيُّ وقال : « ينبغي أن تُقدم بينةُ العتق ؛ لأنّ العبد كصاحبِ اليد في حق رقبته [٢] » ، وهو ضعيفٌ ؛ لأنه في يد سيده ما لم يثبت عِتْقُه ، فهو يدَّعي اليدَ ، ولم تثبت بَعْدُ .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) انظر قول المزني في مختصره ص (٣١٦) .

الطرف الثالث
في النزاع في الموت والقتل

وفيه مسائل ثلاثة [١] :

الأولى : رجل معروف بالتنصُّر مات ، وله ابنٌ مسلم يدعي أنه مات مسلما ، والابنُ النصرانيّ [٢] يدعي أنه لم يُسْلِمْ ، فالقولُ قول النصراني ؛ لأنّ الأصل عَدَمُ الإسلام .

ولو أقام كل واحد بينة قُدّمتْ [٣] بينةُ المسلم ؛ لاشتمالها على زيادة ناقلة عن الاستصحاب ، وكذلك إذا ادّعى الابنُ الإرثَ في دارٍ ، فأقامت زوجةُ أبيه بينةً أنه أَصْدَقَها الدار ، أو اشترتها [٤] من أبيه : قُدّمت [٥] بينتُها .

أما إذا شهدت بينةُ النصراني أنه نطق بتنصُّرٍ ومات عقيبه ، فقد تعارَضَا ؛ فتجري الأقوالُ الأربعةُ . وقال أبو إسحاق المروزي : « لا يجري قولُ القسمة ؛ إذ [٦] لا يَشْترك في الميراث مسلمٌ وكافرٌ » . وهذا ضعيفٌ ؛ إذ كلُّ بينةٍ تقتضي كمالَ الملك لصاحبها ، فاندفع في النصف بالأخرى ؛ إذ ليس أحدُهما بأولى ، فيكفي إمكانُ الشركة في جنس الملك .

أما إذا كان الميتُ مجهول الدين ، فقال كل واحد منهما : لم يَزَلْ على ديني حتى مات ، فليس أحدهما أولى بأنْ يُجْعل القولُ قولَه ؛ فَتُجْعل التركة كَمَالٍ في يد اثنين تنازعاه . وقال القاضي : « إن كان في يد أحدهما كان [٧] القولُ قولَه » . وهذه زلةٌ ؛ لأنه معترفٌ بأنَّ يده من جهة الميراث ؛ فلا أَثر ليده مع ذلك .

فإن أقام كلُّ واحد بينةً ؛ جرت الأقوالُ الأربعة . وقيل : بينةُ الإسلام تُقدَّم ؛ لأنه الظاهر في

---

(١) كلمة : « ثلاثة » ساقطة من (أ) ، (ب) .
(٢) في (أ) ، (ب) : « وابنٌ نصرانيٌّ » .
(٣) في (أ) ، (ب) : « قدّم » .
(٤) في الأصل : « واشتراها » ، وهو خطأ واضح ، والمثبت من (أ) ، (ب) .
(٥) في (أ) ، (ب) : « قدّم » .
(٦) في (أ) ، (ب) : « لأنه » .
(٧) كلمة : « كان » ليست في (أ) ، (ب) .

دار الإسلام . وهذا بعيدٌ ؛ إذ لو كان كذلك لجُعِلَ القولُ قولَه ، نعم ، نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) أن هذا الشخص يُغَسَّل ويُصَلّى عليه إذا أشكل أمْرُه [١] . والصلاةُ على نصرانيّ أهونُ من ترك الصلاة على مسلم .

المسألة الثانية : مات نصرانيٌّ ، وله ابنٌ مسلمٌ يَدّعي أنه أسلم بعد موته [٢] ؛ فيرث . وابنُه النصرانيُّ يدعي أنه أسلم قبل موته ؛ فلا يرث [٣] ، فللمسألة حالتان :

(إحداهما) : أن يتفقا على أنه أسلم في رمضان ، ولكن ادعى أن الأب مات في شعبان . وقال [الأخ] [٤] النصرانيّ : بل مات في شوال : فالقولُ قول النصراني ؛ لأن الأصل بقاءُ الحياة . فإن أقام كلٌّ واحد بينةً ، قال الأصحاب : تُقَدم بينة المسلم ؛ لاشتمالها على زيادة عِلْمٍ بالموت في شعبان . أما كونُه ميتًا في شوال فمشترَكٌ . قال الإمام : هذا ضعيفٌ ؛ لأن من يشهد على الموت في شوال ، يشهد [٥] على موته عن حياة . وإذا ثبت [٦] الحياةُ ، حصل التعارضُ ؛ فتجري الأقوال .

(الحالة الثانية) : اتفقا على أنه / مات في رمضان ، ولكن قال المسلم : أسلمتُ في شوال . ٣٠٦/أ
وقال النصراني : بل أسلمتَ في شعبان ، فالقولُ قول المسلم ؛ إذ الأصلُ بقاءُ الكفر . وإن كان لهما بينةٌ [٧] فَتُقَدم بينة النصراني ؛ لأنّ النَّاقِلة أولى من المستصحبة .

---

(١) انظر نصّ الشافعي (رحمه الله) في الأم (٦ / ٢٣٣) .

(٢) أي أسلم ابنه بعد موت الأب ، ومن ثَمَّ يكون له الحقّ في ميراثه .

(٣) هذه المسألة في نسختي (أ) ، (ب) كالآتي :

« مات نصرانيٌّ بعد أن أسلم ، وله ابنٌ مسلم ، وابن نصراني يدعي أنه أسلم قبل موته فيرث . وابنه المسلم يدعي أنه أسلم بعد موت الأب ، فلا يرث » .

قلت : وقوله : (يدعي أنه أسلم) الضمير هنا يعود على الابن النصراني ، وليس على الأب ؛ فإنَّ إسلامه ثابت بيقين في هذه المسألة وقد اتفق على ذلك ولداه .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « شهد » .

(٦) في (أ) : « وإذا ثبتت » ، وفي (ب) : « فإن ثبتت » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « البينة » .

فرع : زوجةٌ مسلمة[١] ، وأخٌ مسلمٌ ، وابنانِ كافرانِ : تنازعوا في إسلام الميت ، وتعارضت بينتان : فإن رأينا القسمة ، فالنصفُ للاثنين ؛ فإنهما فريقٌ ، والنصفُ للزوجة والأخ . ثم الزوجة تأخذ الربعَ من هذا النصف ؛ لأن الابن محجوبٌ بقولهما فلا نردها إلى اليمين .

ولو خلف أبوين كافرين ، وابنين مسلمين ، وتنازعوا في دِينِ الميت ، فوجهان :

أحدهما : أن القول قولُ الأبوين ؛ لأنّ الظاهر أنّ الولد يكون على دين الأبوين[٢] .

والثاني : أن القول قول الابنين ؛ لأن الإسلام ينبغي أن يغلب بالدار .

المسألة الثالثة : قال لعبده : إن قُتلتُ ، فأنتَ حُرٌ . فشهد اثنان أنه قُتل ، وشهد آخران أنه مات حَتْفَ أنفِه ، فقولان :

أحدهما : التعارض .

والثاني : تقديم بينة القتل[٣] ؛ لاشتمالها على زيادة ؛ إذ كلُّ قتيلٍ ميتٌ ، وليس كلُّ ميتٍ قتيلًا .

ولو قال لسالم : إنْ متُّ في رمضان ، فأنت حُرّ . وقال لغانم : إن مِتُّ في شوال ، فأنت حرّ . وأقام كلُّ واحد بينةً ، فقولان :

أحدهما : التعارض .

والثاني : تقديمُ بينة رمضان ؛ لزيادة علمها بتقديم الموت . وقال ابنُ سريج : بينةُ شوال أولى ؛ لأنه ربما يُغْمى عليه في رمضان ، فَيُظَنّ موته .

فرع : إذا تنازع الزوجان في متاع البيت ، فهو في يدهما ، ولا يختصُّ السّلاحُ بالرجل ، ولا آلةُ الغَزْل بالمرأة ، خلافا لأبي حنيفة (رحمه الله)[٤] .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « زوجةُ مسلمٍ » .

(٢) هذا الوجه هو الأصح عند الأصحاب . وقال النوويّ : الوقف أرجح دليلًا . انظر الروضة (١٢ / ٨٠) .

(٣) وهذا الوجه القول هو الأظهر كما في الروضة (١٢ / ٨١) .

(٤) انظر رءوس المسائل ص (٥٤٩)

الطرف الرابع
في النزاع في الوصية والعتق (١)

وفيه مسائل :

الأولى : إذا قامت بينة على أنه أعتق في مرضه عبدًا - وهو (٢) ثلث ماله - وقامتْ بينةٌ أخرى لعبدٍ آخر ، فالقياسُ أنْ يجعل كأنه أعتقهما معًا ، فَيُقرَع بينهما . لكن نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) على أنه يُعْتق من كل واحدٍ نصفُه ؛ فيجب تنزيلُه على موضع لا تجري فيه القرعة ، وذلك بأن يتقدم عتقُ أحدهما ؛ فإنه (٣) لا قرعة . ولو تقدم عتقُ أحدِهما ، ولكنْ أَشْكَل السابقُ ، فهو كالإعتاق معًا ؟ أو كالتعاقب ؟ فيه قولان (٤) . فإن (٥) قلنا : لا يُقْرع ؛ فَيُحمل تعارُضُ البيّنتين على هذه الصورة . ونقول : الغالبُ أنه أعتقهما ترتيبًا وأَشْكَلَ الأمْرُ ؛ فلا قرعة ، فيقسم عليهما .

الثانية : المسألةُ بحالها ، لكنْ أحدُ العبدين سُدُس المال (٦) فحيث يُقرع ، لو خرج على الخسيس يُعتق بكماله ، ويعتق من النفيس نصفُه لتكملة الثلث (٧) . ولو خرج على النفيس اقْتُصِر عليه ؛ فإنه كمالُ الثلث . وحيث نرى القسمةَ - على قولٍ - ففي كيفيته وجهان :

أحدهما : أنه يُعتق من كل واحدٍ ثُلثاه ؛ لأن النفيس يُضَارب بضعْفِ ما يُضَارب به الخسيسُ ، كما لو أوصى لزيد بكل مالِه ، ولعمرٍو بثلثِ ماله ، وأجاز الورثةُ الوصايا ، إذ يُقسم المال بينهما أرباعًا ؛ فإن زيدًا يُضَارب بثلاثة أمثال ما يُضَارَب به عَمْرٌو .

---

(١) قال في الروضة (١٢ / ٨٤) : « من الأصول الممهَّدة أنّ من أَعتق في مرض موته عبدين - كلُّ واحد منهما ثلثُ مالِه - على الترتيب ، ولم تُجزِ الورثةُ : ينحصر العتقُ في الأول . وإن أعتقهما معًا : أُقْرِعَ . فإن عُلِمَ سَبْقُ أحدِهما ، ولم تُعْلم عينُه ، فهل يُقْرع بينهما ؟ أم يُعْتق من كل واحد نصفُه ؟ قولان . أظهرهما : الثاني » .

(٢) في الأصل : « هو » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وأنه » .

(٤) والأظهر في هذا أنه يعتق من كل واحد نصفُه . انظر الروضة (١٢ / ٨٤) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فإذا » .

(٦) كلمة : « المال » ليست في (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « تكملة الثلث » .

والوجه الثاني : وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) أنه يُعْتق من النفيس ثلاثةُ أرباع ، ومن الخسيس نصفُه ؛ لأنّ النفيسَ يقول : إن [1] أُعتقتُ أولا فجميعي حُرٌّ ، وإنْ تأخرتُ فَنِصْفي حُرٌّ ، فنصفي مُسَلَّمٌ لاخلاف فيه ، إنما النزاع في النصف الآخر [2] ، وهو قدر سدسٍ بيني وبينك ، فيقسم عليهما . وهذا أيضًا ينبغي أن يَطرد في مسألة الوصية ، فيقول زيدٌ : أما الثلثان فهو مُسَلَّم لي ، وإنما التزاحم في الثلث ، فيقسم علينا ، فيحصل زيدٌ على خمسة أسداس ، وعمرو على سدس . وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) .

الثالثة : شهد أجنبيان أنه أوصى بعتق عبده غانم – وهو ثلث المال – وشهد وارثان بأنه رجع عنه ، وأَوْصَى بسالم ، وهو أيضًا ثلث : ثَبَتَ بقول الوارثين عِتْقُ سالمٍ ، والرجوعُ عن غانم ؛ إذْ لا تُهْمَة عليهما في تبديل محلّ العتق . ولا نَظَرَ إلى تبدل الولاء فلا يُتهم العدْلُ بمثله . أما إذا كان سالمٌ سدسَ المال ، فهو مُتَّهم بتنقيص السدس ، فتُرَدّ في قدر السدس [3] ، والشهادةُ إذا رُدَّتْ في بعضٍ ، فهل تُردُّ في الباقي ؟ قولان . فإن قلنا : إنها تُرَدّ ، فَيُعْتق العبدان جميعًا : الأول بالشهادة ؛ إذْ رُدَّتْ شهادة الرجوع . والثاني يُعْتَق بإقرار الوارث . وقد نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) على عتقهما .

وإن قلنا : لا ترد في الباقي ، فقد شهد على الرجوع عن جميع غانم ، وهو مُتَّهَمٌ في النصف ؛ إذْ لم يُثْبِتْ له بَدَلًا [4] . ولا يُتَّهَمُ في النصف في نصف غانم ، ويعتق نصفه مع جميع سالم ؛ لأنّ نصفَ غانمٍ سدسٌ ، وجملةُ سالمٍ سدسٌ ، والثلثُ يفي بهما ، فكأنه أوصى بعتقِ نصفِ غانم وجميعِ سالم . ويحتمل أن يقال : الرجوعُ لا يتجزأ / فتَبْطل الشهادةُ على الرجوع ٣٠٦/ب [عن عِتْقِ غانمٍ] [5] وتبقى الشهادةُ بالعتق لغانمٍ . وشهادةُ الورثةِ كشهادةِ الأجانب ، فكأنه ثبت عِتْقُهما جميعًا ؛ فَيُقرع بينهما . فإن خرج على غانم : عَتَقَ فقط . وإن خرج على سالم : عَتَقَ وعتَق معه مِنْ غانمٍ نِصْفُه ؛ ليكمل الثلث .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أنا » .

(٢) في (أ) : « نصفي الآخر » .

(٣) يعني الشهادة .

(٤) في (ب) : « إذْ لم يُثْبَت له بدلٌ » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) أيضًا .

الرابعة : شهدتْ بينةٌ أنه أوصى لزيدٍ بالثلث . وشهدتْ أخرى لعمرٍو بالثلث ، وشهدت أخرى بالرجوع عن إحدى الوصيتين [لا بعينها] (١) . قال الشافعيُّ (رضي الله عنه) : « يقسم الثلث بينهما » . قال الأصحاب : سببُه رَدُّ شهادةِ الرجوع ؛ لأنها مجملة . وقال القفال : تقبل شهادة الرجوع ؛ لأن المشهودَ عليه والمشهودَ له : معيَّنٌ .

وتظهر فائدةُ الخلاف فيما لو كان شهد (٢) كلُّ بينة بالسدس . فإن رَدَدْنا شهادةَ الرجوع المجملة ، أعطينا كلَّ واحدٍ سدسًا كاملًا . (٣ وإن قَبِلْنا الشهادة ٣) وَزَّعْنا سدسًا واحدًا عليهما .

وقد تَمَّ الكلامُ في الدعاوى (٤) ، فلنذكُرْ دعوى النسب .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « شهدت » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وإن قلنا : لا ترد الشهادة » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « في الدعوى » .

كتاب
دعوى النسب وإلحاق القائف (1)

(1) القائف : هو الذي يعرف الشبه ويميز الأثر ؛ سُمي بذلك لأنه يقفو الأشياء ، أي يتبعها . والمراد هنا أنه الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود والوالد . انظر : مختار الصحاح ص (٥٤٧) . المصباح المنير (٢ / ٧٨٨) . القاموس المحيط ص (١٠٩٥) ، (١٧٠٩) . التعريفات للجرجاني ص (١٧١) . فتح الباري (١٢ / ٥٧) . معجم لغة الفقهاء (٣٥٣) .

والنظر في أركان الإلحاق ، وهي ثلاثة : المستلْحِق ، والملْحَق ، والإلحاق .

الركن الأول : المستلحِق :

ويصحُّ استلحاقُ كلِّ حُرٍّ ذَكَرٍ يُمْكن ثبوتُ النسبِ منه بنكاحٍ ، أو وطءٍ محترم . فهذه ثلاثةُ قيود :

الأول : الحرية . وفي استلحاق العبدِ والمعْتَق ثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : أنه يصحُّ ؛ فلا فرقَ بين الحرِّ والعبد حتى لو تداعَيَا جميعًا ، عُرِضَ على القائف [١] . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يُقدَّم الحرُّ على العبد ، والمسلمُ على الكافر [٢] . وعندنا لا فرق .

والثاني : لا يَلحقهما [٣] نسبٌ إلا في نكاحٍ أو وطءٍ بشبهةٍ [٤] ؛ لأنهما بصدد الولاء ، فليس لهما قَطْعُ الولاء بمجرد الدعوى .

والثالث : أنّ العبد لا ولاءَ عليه ، فَيَلْحقه مَنْ يستلحقه . أما المعتق فالولاءُ عليه حاصلٌ ؛ فلا تصحُّ دعواه . وهذا الخلافُ جَارٍ لو كان المستلحق عبدًا أو معتقًا لأجل الولاء .

القيد الثاني : الذكورة . وفي استلحاق المرأة ثلاثةُ أوجه :

أحدها : الصحة كالرجل .

---

(١) والمذهب صحة استلحاق العبد والعتيق . انظر الروضة (١٢ / ١٠١) .

(٢) انظر الهداية (٢ / ٤٦٨) . الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٢٩٣) .

(٣) يعني العبد والمُعْتَق .

(٤) في (أ) ، (ب) : « أو وطءِ شبهةٍ » .

والثاني : لا ؛ لأن الولادة يُمْكن إثباتُها بالشهادة بخلاف جانب الأب [١] .

والثالث [٢] : أنها إن كانت خَلِيّةً من الزوج لحقها . وإن كانت ذاتَ زوج فلا [إذ لا] [٣] يمكن الإلحاقُ بها دون الزوج ، ولا يُمْكن الإلحاقُ بالزوج مع إنكاره .

القيد الثالث : الإمكان . وذلك بحقيقة الوطء ، أو بعقد النكاح مع إمكان الوطء – وقد ذكرناه – وإنما يمكن النسبُ من شخصين بأنْ يجتمعا على وطئها في طهر واحد : إمّا بالشبهة أو بملك اليمين ، فإنْ وطيء الثاني بعد تخلُّلِ حيضةٍ ، فالولدُ للثاني إلا أن يكون الأول زوجًا فلا ينقطع الإمكانُ فيه [٤] بالحيض ؛ لأنه لا يُعْتبر في حقه وجودُ الوطء ، بل يكفي فراشُ النكاح مع إمكان الوطء ، وهذا موجودٌ في الطهر الثاني . وأما ملك اليمين فلا يُثبت فراشًا . والنكاحُ الفاسد يُلْحَق بالنكاح الصحيح ؟ أو بملك اليمين ؟ فيه وجهان . ولا خلافَ أنّ فراش النكاح الصحيح ينقطع بفراش آخر ناسخٍ له حتى يلحق الولد بالثاني وإن أمكنَ – من حيث الزمان – أن يكون منهما [٥] .

الركن الثاني : المُلْحِق :

وهو كل مدلجيّ [٦] ، مجربٍ ، أهل للشهادة [٧] . فهذه ثلاثة قيود .

الأول : المدلجيّ . والصحيحُ الاختصاص بهم ؛ إذْ رجعت إليهم الصحابةُ مع كثرة الأكياس فيهم . ومنهم مَنْ قال : هذه صنعةٌ تُتعلَّم ، فمن تعلَّم جاز اعتمادُ قولِه [٨] .

---

(١) والأصح أنه لايصح استلحاق المرأة . انظر الروضة (١٢ / ١٠١) . المنهاج ص (١٥٧) .

(٢) في الأصل : « الثالث » بدون « الواو » وهي زيادة (أ) ، (ب) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) : « عنه » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « بينهما » .

(٦) نسبة إلى مدلج بن مرة بن عبد مناف بن كنانة ، وكانت القيافة فيهم وفي بني أسد ، والعربُ تعترف لهم بذلك . انظر فتح الباري (١٢ / ٥٧) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « أهل الشهادة » .

(٨) وهذا هو الصحيح ؛ فيجوز أن يكون القائف من بني مدلج ، أو من غيرهم من العرب ، أو الأعاجم . انظر الروضة (١٢ / ١٠١) . المنهاج ص (١٥٦) . الغاية القصوى (٢ / ١٠٣٩) .

وأما المجرَّب ، فنعني به أن مَنْ كان مُدْلجيًّا – أو ادعى علم القافة [١] – لم يُقْبل قولُه حتى يُجَرَّب ثلاثًا ، بأن يُرَى [٢] صبيًّا بين نسوة ليس فيهن أمُّه ، فإن لم يُلحق ، أُحضرت نسوةٌ أخرى ليس فيهن أمُّه ، فإن أَلْحق عَلِمْنا أنه بصير ، فنعرض عليه [٣] . وإنما يُرَى النسوة ؛ لأن ولادتهن نعلمها تحقيقًا ؛ فلا يتعينَّ عددٌ في التجربة ، بل المقصودُ ظهورُ بصيرته .

وأما كونه أهلًا للشهادة ، فلابدَّ منه ، وفيه وجه بعيد : أنه لا تُشْترط الذكورةُ والحريةُ ، وكأنه إخبارٌ . والصحيح أنه لا يُشْترط العددُ ، وكأنَّ القائفَ حاكمٌ .

الركن الثالث : في الإلحاق ، ومحلّ العرض على القائف :

إنما يُعْرض على القائف صغيرٌ تَدَاعَاه شخصان ، كلُّ واحد لو انفرد بالدعوة [٤] للحِقَه ، ولا ترجيحَ لأحدهما على الآخر . وخُرِّجَ [٥] على هذه القيود مسائلُ أربع :

الأولى : أن إثبات النسب من أبوين غَيْرُ ممكنٍ عند الشافعي (رضي الله عنه) فلذلك لزِمَ العرضُ على القائف . ومستندُ الشافعي (رضي الله عنه) حديثُ مُجَزِّزٌ المدلجيّ ، وهو معروف [٦] . وأبو حنيفة (رحمه الله) يقول : يُلْحق بهما جميعًا ، ولا نَظَرَ إلى قول القائف [٧] .

ثم عندنا يعتمد قولُ القائف في مولود صغيرٍ أو بالغ ساكت . أما البالغ المجهول إذا استلحقه / واحدٌ فوافقه ، فلا يُقْبل قولُ القائف على خلافه ؛ لأنّ الحقَّ لايَعْدوها . ولو أنكره ٣٠٧/أ البالغُ وألحقَه القائفُ ، لم يَصِرْ قولُه حجةً عليه .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « القيافة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بأنْ نُجْرِي » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فيُعَوَّل عليه » .

(٤) كذا بالنسخ الثلاثة ، والصواب « بالدعوى » .

(٥) في (أ) : « ويُخَرَّج » .

(٦) الحديث رواه البخاري في صحيحه (١٢ / ٥٧) (٨٥) كتاب « الفرائض » (٣١) باب « القائف » حديث (٦٧٧١) بإسناده إلى عائشة قالت : دخل عليّ رسولُ الله ﷺ ذات يوم وهو مسرور ، فقال : يا عائشة ، أَلَمْ تَرَيْ أن مُجَزِّزًا المُدْلجي دخل عليّ ، فرأى أسامةَ وزيدًا – وعليهما قطيفةٌ قد غَطَّيا رءوسَهما ، وبَدَتْ أقدامُهما – فقال : إن هذه الأقدام بعضُها من بعضٍ » . ورواه مسلم في صحيحه (٢ / ١٠٨١) (١٧) كتاب « الرضاع » (١١) باب « العمل بإلحاق القائف الولد » . حديث (١٤٥٩) عن عائشة أيضًا .

(٧) انظر الهداية (٢ / ٤٦٧) .

الثانية : صبيٌّ في يد إنسان وهو مُسْتلحِقُه ، فاستلحقه غيرُه : لم يُعْرَض على القائف بعد تقدُّمِ صاحب اليد ، ويدُهُ كفراشِ النكاحِ . والمولودُ على فراش النكاح إذا ادّعاه مَنْ يدعي وطءَ شبهةٍ : لم يَلْحقه وإن وافقه الزوجان على الوطء بالشبهة ؛ لأن حقَّ الولد يُرْعَى فيه (١) ، بل إن أقام بينةً على الوطء بالشبهة ، عُرِضَ على القائف .

الثالثة : صبيٌّ استلحقَه رجلٌ ذو زوجة ، وهي تُنْكر ولادتَه ، أو استلحقتْه امرأةٌ ذاتُ زوجٍ (٢) ، والزوجُ يُنْكر ولادتها : فيُلْحق بالرجل المسْتَلْحِق ، وفي المرأتين ثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه يَلْحق زوجة المستلحق وإنْ أنكرت .

والثاني : أنه يَلْحق بالمدَّعية ، ويُقَدَّر أنها ولدتْ من المدعي بوطء شبهة .

والثالث : أنه يُعْرض في حقهما على القائف .

الرابعة : إن لم نجد القائف [أو وجدناه] (٣) وتحيَّر ، فإذا بلغ أمرناه بالانتساب . فإن لم يَنْتسبْ حبسناه حتى ينتسب . فإذا انتسب إلى أحدهما لَحِقَه ، وكان اختياره كإلحاق القائف ، (٤ ولم يُقْبل رجوعُه ٤) كما لا يُقْبل رجوعُ القائفِ ودعواه الغلطَ .

والصحيح أن المميّز لا يُخَيَّر بخلاف الحضانة (٥) ؛ فإن أمر النسب مُخْطرٌ .

فروع أربعة

الأول : وَطِىءَ رجلان في طهر واحدٍ (٦) ، وحَبَلت ، وادّعى أحدهما وسكت الآخرُ

---

(١) في (أ) ، (ب) « مَرْعِيٌّ فيه » .

(٢) في (أ) ذات الزوج .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وإن لم يُقْبَل رجوعُه » .

(٥) إذ في الحضانة يُخَير بين أبيه وأمه ، فإن اختار أحدهما تولّى حضانته كما سبق تفصيله في « الحضانة » من كتاب « النكاح » .

(٦) وذلك يُتَصور في بعض الحالات ، ومنها أن يطأَ المرأةَ كلٌّ منهما بشبهة ، بأنْ يجدها في فراشه – مثلًا – فيظنها زوجَته أو أَمَته ، ومنها : أن يطأ زوجته في نكاح صحيح ، ثم يطلقها ، فيطؤها آخرُ بشبهة أو نكاح فاسد ، بأن ينكحها في العدة جاهلًا . ومنها : أن يطأ الشريكان الأمةَ المشتركة بينهما ، أو أن يطأ أمتَه ويبيعها ، فيطأها المشتري ولا يستبرئها واحدٌ منهما . انظر الروضة (١٢ / ١٠٢ ، ١٠٣) .

فقولان :

أحدهما : يُعْرض على القائف [1] .

والثاني : أنه يُلْحق بالمدعي .

الثاني : لو ألقتْ سقطا ، يُعْرَض على القائف . ولو انفصل حيًّا ومات يُعْرض ما لم يتغيَّرْ .

الثالث : نفقةُ الولد – قبل إلحاق القائف – عليهما . ثم إذا أُلحق بأحدهما رجع [على] [2] الآخر بما أنفق . ولو أُوصِيَ له قَبِلَه كلٌّ واحدٍ منهما [3] حتى يحصل [الملكُ] [4] له .

الرابع : من استلحق صبيًّا مجهولًا ، فبلغ وانتفى عنه ، ففيه قولان كالقولين فيمن حُكِمَ بإسلامه تبعًا ، [فبلغ] [5] وأعرب عن نفسه بالكفر .

* * *

---

(١) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة (١٢ / ١٠٦) .

(٢) ليست في النسخ ، وزدتُها توضيحًا .

(٣) يعني في مدة التوقف فإلى أن يُلْحقه القائفُ بأحدهما ، إذا أوصى له أحدٌ بشيء ، فعلى كلٍّ من المدّعِيَيْنِ أن يَقْبل هذه الوصية ، حتى لا تضيع على الولد .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) أيضًا .

كتاب العِتْق

ولا يَخْفى أنّ العتق قربةٌ ، ويشهد لنفوذه الكتابُ والسنةُ والإجماعُ (١) .

والنظرُ في : أركانه ، وخواصّه ، وفروعِه .

---

(١) ويدل على ذلك قوله سبحانه وتعالى : ﴿ وما أدراك ما العقبة . فَكُّ رَقَبَة ﴾ [البلد : ١٢ ، ١٣] . وقوله ﷺ : « أيما رجل أعتق امرأً مسلمًا ، استنقذ الله بكل عضو منه ، عضوًا منه من النار » . والحديث رواه البخاري (٥ / ١٧٤) (٤٩) كتاب « العتق » (١) باب « في العتق وفضله » . حديث (٢٥١٧) .

أما أركانه فثلاثة :

الأول : المعْتِق . وهو كلُّ مكلّف ، لاحَجْرَ عليه بفَلْس وسَفَهٍ .

الثاني : المعْتَقُ . وهو كل إنسان مملوك ، لم يتعلَّق بعينه وثيقةٌ ، وحقٌّ لازم ؛ فإن في إعتاق المرهون خلافًا . وإعتاقُ الطير والبهيمةِ لاغٍ على الأصح [(١)] .

الثالث : الصيغة . وصَرِيحُه : « التحرير » و « الإعتاق » [(٢)] . و « فَكُّ الرقبة » وَرَدَ في القرآن مرةً ، ففي كونه صريحًا وجهان ، كالمفاداة في « الخلع » [(٣)] .

وأما الكناية فكلُّ ما يحتمل ، كقوله : أنت طالق ، ولا سلطانَ لي عليك ، وحَبْلُك على غاربك ، ونظائره [(٤)] .

فروع أربعة [(٥)]

الأول : لو قال لعبده : يا مولاي ، وَنوَى : عَتَقَ . ولو قال : يا سيدي ، ويا كَذْبَانُو [(٦)] للأَمَة

---

(١) قال ابن الصلاح : « ذكر خلافًا في إعتاق البهيمة ، وإنما ذلك فيما ملك بالاصطياد . وأما البهيمة الإنسية فإعتاقها من قبيل سوائب الجاهلية ، وذلك باطل قطعًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٥٢ / أ) .

(٢) في (أ) ،(ب) : « وصيغته : التحرير والإعتاق » والصواب ما في الأصل ، وهو المثبت ، وذلك لأن للعتق ألفاظًا مخصوصة ، كالطلاق . ثم منها ما هو صريحٌ ، ومنها ما هو كناية . فأما الصريح ، فلفظ « التحرير » و « الإعتاق » وما يُشْتق منهما ، كقوله : أنت حرّ ، أو محرَّر ، أو أحررتُك ، أو أنت عَتيقٌ ، أو مُعْتق ، أو أعتقتُك . فإذا قالها السيد لعبده : عتق وإن لم يَنْوِ . وذلك بخلاف « الكناية » فلا يُعْتق العبد – إذا قال له سيده مثلًا : لا ملكَ لي عليك – إلا بالنية ، فإذا قالها ناويًا إعتاقَه : عَتَق العبدُ ، وإلا فلا .

(٣) والأصح أن لفظ « فك الرقبة » صريح . فإذا قال السيد لعبده : فككتُ رقبتَك ، عتق العبد وإن لم يَنْوِ سيدُه . انظر الروضة (١٢ / ١٠٧) . المنهاج ص (١٥٧) . الوجيز (٢ / ٢٧٣) .

(٤) وذلك أن صرائح ألفاظ الطلاق وكناياته كلُّها كناياتٌ في العتق . انظر الروضة (١٢ / ١٠٨) .

(٥) كلمة : « أربعة » ليست في (أ) ، (ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : « هذه الكلمة فارسية ، ومعناها : سيدة البيت ، القائمة بتدبير أمره . وهي بكاف مفتوحة ،ثم ذال معجمة ساكنة ، ثم باء موحدة ، ثم ألف ، ونون مضمومة ، ثم واو ،والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ٢٠٢ /أ) .

ونوى ، لم ينفذ ؛ لأنه يُنْبيء عن [١] التردد وتدبير المنزل دون العتق . ويحتمل أن يقال : ينفذ .

الثاني : أن يقول : يا حرة ؛ فتعتق ، إلا أن يكون اسمُها حُرّة . وكذلك إذا [٢] كان اسم الغلام آزاذروي [٣] . وإن كان اسمُها قبل الرقّ حرةً ، فبدّل اسمها فقال السيد : يا حرة ، ثم [قال] [٤] : قصدتُ نداءَها باسمها القديم ، لم يُقْبل في الظاهر ؛ لأنّ هذا الاسم الآن لا يَليق بها ، فظاهرُ اللفظ صريحٌ . ولو كان اسمها القديم فاطمة [فغيّر باسم من أسماء الإماء ، فناداها] [٥] وقال : يا فاطمة [٦] ونوى العتق ، لم ينفذ ؛ لأن اللفظ لا يُشْعِر به .

الثالث : لو قال [٧] : يا « آزاذمَرْد » [٨] ، ثم قال : أردتُ وَصْفَه بالجود ، لم يُقْبل في الظاهر ؛ لأن اللفظ صريحٌ إلا أن يكون معه قرينةٌ ، كما لو قال لزوجته : أنت طالق ، وهو يَحُلُّ الوثاقَ عنها وفي قبول نيّته - في حَلّ الوثاق - خلافٌ .

الرابع : إذا قال لعبد الغير : أعتقتك ، فإن كان في معرض الإنشاء لغا . وإن كان في معرض الإقرار ، كان مؤاخذًا به إنْ ملكَه يومًا من الدهر .

واعلم أن العتاق والطلاق يتقاربان [٩] ، وقد فصلنا حكم الألفاظ والتعليقات في الطلاق ، فلا نُعيده ، بل نقتصر على ذكر خواصّ العتق .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « على » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « إنْ » .

(٣) قال ابن الصلاح : « شَبَّه ما إذا كان اسم الغلام « آزاذ روي » بما إذا كان اسم الجارية « حرة » وليس يُشبه ذلك هذا ؛ فإن « آزاذ روى » معناه : حرّ الوجه . فكان ينبغي أن يذكر في ذلك بما إذا كان اسمه « آزاذ مرد » فإن معناه : رجل حُرّ . و« آزَاذْ » معناه : حرٌّ . وأوله همزةٌ ممدودة ، بعدها زايٌ منقوطة ، ثم ألف ، ثم ذال معجمة ساكنة . ويتصل به في الكلمة الثانية « مَرْدْ » وهو بميم مفتوحة ، ثم راء مهملة ساكنة ، ثم دال مهملة ساكنة . ومعناه : رجل . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٢ / أ) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) قوله : « وقال : يا فاطمة » ليس في (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « إذا قال » .

(٨) هي كلمة فارسية ، ومعناها : رجل حرّ ، كما سبق .

(٩) في (أ) ، (ب) : « يتقارب » . والمقصود أن ألفاظ العتاق وألفاظ الطلاق تتقارب في أحكامها .

النظر الثاني
في خواصّ العتق

وهي خمسة :

السراية [١] ، والحصول بالقرابة ، والامتناع من المريض فيما [٢] جاوز الثلث ، والقرعة ، والولاء .

الخاصية الأولى : السراية . قال رسول الله ﷺ : « من أعتق شركًا له في عبد ، وله مال ، قُوِّمَ عليه الباقي » [٣] فَفُهِمَ من هذا ، أن الشرع مُتَشَوِّفٌ إلى تكميل العتق ، فلذلك نقول : لو أعتق نصفَ عبدٍ عَتَقَ الجميعُ . بل لو أعتق يَدَه ، أو عضوًا آخر ، عَتَقَ الجميعُ ، وذلك بطريق السِّراية ؟ أو بطريق التعبير بالبعض عن الكلِّ ؟ فيه خلاف ذكرناه في الطلاق / وتظهر فائدته في الإضافة إلى ٣٠٧/ب العضو المقطوع [٤] . ولا تثبت السِّراية من شخص إلى شخص ؛ فإنْ أعتق الجنينَ ، لم تُعتق الأم ،

(١) قال الحموي : « قوله في كتاب العتق : (وقد فصّلنا حكم الألفاظ في التعليقات في كتاب الطلاق ، ولا نعيده ، بل نقتصر على ذكر خواص العتق وهي خمسة : أولها : السراية) .

قلت : ذكر الشيخ أنه يقتصر في العتق على خواصه ، ثم ذكر بعد ذلك السراية ، ومعلوم أنها ليست من خاصية العتق وحدها ، بل هي من خاصية الطلاق كما لايخفى .

قلت : أمكن أن يقال : مراد الشيخ بالسراية هاهنا سرايةُ العتق في ملك الغير ، مثل : إن كان له عبدٌ مشتركٌ فأعتق نصيبه منه وهو موسر ، فإنه يَعْتِقُ جميعُه ، وإذا كان كذلك كانت هذه السرايةُ غيرَ تلك السراية .

فإن قيل : فقد ذكر أيضًا في أول الباب : (لو أعتق يَدَه أو عضوًا غيره عتق الجميعُ كما في الطلاق) .

قلت : لما ذكر الشيخ هذه السراية المخصوصة بالعتق ذكر تلك السرايةَ المشتركة بينهما ضمنًا وتبعًا لهذه السراية المخصوصة ؛ لاشتراكهما في اسم السراية كما لا يخفى » . إشكالات الوسيط (ق ١٩٩ / أ ، ١٩٩ / ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « مما » .

(٣) الحديث رواه البخاري في صحيحه (٥ / ١٧٩) كما في الفتح (٤٩) كتاب « العتق » (٤) باب « إذا عتق عبدًا بين اثنين ، أو أمة بين الشركاء » حديث (٢٥٢٢) بإسناده عن عبد الله بن عمر (رضي الله عنهما) أن رسول الله ﷺ قال : « من أعتق شركًا له في عبد ، فكان له مالٌ يبلغ ثمن العبد ، قُوِّم العبدُ عليه قيمةَ عدلٍ ، فأعطى شركاءَه حصصَهم ، وعَتَق عليه العبد ، وإلا فقد عَتَقَ منه ما عَتَقَ » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وتظهر فائدته في الإضافة إلى العضو المقطوع) المفهوم من ظاهره ما إذا قال مثلًا بعد قطع يده : يَدُكَ حرة . وقد سبق منه في كتاب « الطلاق » أن الصحيح أن هذا ليس محلّ الخلاف بل لا يعتق قطعًا ، وإنما محل الخلاف ما إذا قال : إن دخلتَ الدار ، فيمينُك حر ، فَقُطِعتْ ثم دخل الدار ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ٢٠٢ / أ) . قلت : قول ابن الصلاح : « فَقُطِعَتْ » يعني فَتُقْطَع يمينُه لسبب من الأسباب .

خلافًا للأستاذ أبي إسحاق (رحمه الله) . ولو أعتق الأمَّ عَتَقَ الجنينُ تبعًا [١] كما يتبع في البيع . ولو كان الحمل مملوكا للغير [٢] فلا يَسْرِي . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يَسْرِي .

أما العتق ، فإنما يَسْرِي إلى ملك الشريك [٣] بشروط أربعة :

أحدها : أن يكون المعتق موسرًا ، ونعني به أن يكون له من المال قَدْرُ قيمةِ نصيب الشريك . ويُعْتبر فيه كلُّ ما يُبَاع في الدَّيْن ، فلا يُتْرك له إلا دَسْتُ ثوبٍ [٤] يَليق به ، ويُبَاع فيه [٥] دارُه وعَبْدُه الذي يحتاج إلى خدمته وإن كان لا يُبَاع في الكفَّارة [٦] ؛ لأنَّ هذا دَيْنٌ . والمريضُ ليس موسرًا إلّا بمقدار الثلث . ولو أوصى بعتق بعضِ عبدٍ [٧] عند موته : لم يَسْرِ ؛ لأن الميت مُعْسِرٌ وقد انتقل مالُه إلى الوارث ، إلا أن يستثني بالوصية . فلو قال : أعْتِقُوا نِصْفَه عِتْقًا ساريًا ، أعتقنا النصفَ ، ولم يَسْرِ ؛ لأنه أوصى بمحال إلا أن يُوصيَ بشراء النصيب الثاني [٨] وإعتاقه [٩] .

فرعان

الأول : لو كان له مالٌ ، وعليه مثلُه دَيْن ، فهل يُلْحَق بالمعسر ؟ فيه خلاف كما في الزكاة ؛ لأن السّراية حقّ الله تعالى كالزكاة [١٠] .

الثاني : لوكان معسرًا ببعض قيمة النصيب فيه وجهان :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « معها » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « مملوكًا في البيع » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الغير » .

(٤) الدست من الثياب ما يلبسه الإنسان ويكفيه في تردده لحوائجه . والجمع : دُسُوت . انظر المصباح المنير (٢/ ٢٩٧) مادة (د س ت) .

(٥) كلمة « فيه » ليست في (أ) ، (ب) .

(٦) وذلك ككفارة الظهار مثلًا .

(٧) في الأصل : « عبيد » والصواب ما في (أ) ، (ب) وهو المثبت .

(٨) كلمة : « الثاني » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٩) قال ابن الصلاح : « ذكر أنه إذا أوصى بأن يعتق نصيبه من عبد ، فلا يسري ، ثم قال : (إلا أن يستثني بالوصية) ثم فسّر ذلك بأن يُوصي بشراء نصيب الشريك وإعتاقه . وهذا ليس في الحقيقة استثناءً من ذلك ، فإن إعتاق نصيب الشريك في هذا ، ليس بالسراية ، بل بالمباشرة ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ٢٠٢ / ب) .

(١٠) والأصح إلحاقه بالمعسر . انظر الوجيز (٢ / ٢٧٤) .

أحدهما : أنه [١] يسري بذلك القدر .

والثاني : أنه لايسري ؛ إذ لابد من تبعيض الرقّ ، والشريكُ يتضرَّر بتبعيض ملكه كما يتضرّر المشتري [٢] بتبعيض المبيع عليه في الشفعة .

الشرط الثاني : أن يتوجّه [٣] العتقُ على نصيب نفسه أو على الجميع ، حتى يتناول نصيبَه . فلو قال : أعتقتُ نصيبَ شريكي ، لَغَا قولُه . ولو قال : أعتقتُ النصفَ من هذا العبد ، فهو محتمل لكل واحد من الجانبين ولكنه [٤] لا يخصص بجانب شريكه . وهل يُخَصّص بجانبه ؟ أم يقال : هو نصفٌ شائع في الجانبين ؟ فيه وجهان . ولا تَظهر هاهنا فائدتُه ؛ لأنه إذا تناول شيئًا من ملكه ، سرى إلى جميع ملكه ، ويسري [٥] أيضًا إلى شريكه إلا أن يكون معسرًا ، لكن تظهر فائدتُه في قوله : بعتُ هذا النصفَ ، أو في إقراره بنصف الضيعة المشتركة لثالثٍ ، ففي وجه : يُخْرج جميعُ النصف من يده . وفي وجه : يُخْرج شطر النصف من يده . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يُنَزّل البيع [٦ عن نصف الخاص ٦] ، والإقرار يشيع ؛ لأن الإنسان قد يخبر عما في يد الغير ولا يبيع مال الغير . وهذا [٧] مُتَّجهٌ ؛ فلْيُجْعَلْ وجهًا في مذهبنا .

الشرط الثالث : أن يعتق باختياره ، فلو ورث نصفَ قريبه ، فعتق عليه : لم يَسْرِ ؛ لأن التقويم تغريمٌ يليق بالتلف [٨] .

الشرط الرابع : أنْ لا يتعلّق بمحلّ السّراية حقٌّ لازم . فإنْ تعلق - كما لو كان مرهونًا ، أو مُدَبَّرًا ، أو مكاتبا ، أو مُسْتَوْلَدة - ففي السراية إلى جميع ذلك خلافٌ [٩] . وبعضُها أولى - بأن

---

(١) قوله : « أنه » ليس في (أ) ، (ب) .
(٢) في (أ) ، (ب) : « الشريك » .
(٣) في (أ) ، (ب) : « أن يوجه » .
(٤) في الأصل : « لكنه » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .
(٥) في (أ) ، (ب) : « وسَرَى » .
(٦) في (أ) ، (ب) : « على نصفه الخاصّ » .
(٧) في الأصل : « هذا » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .
(٨) في (أ) ، (ب) : « بالمتلف » .
(٩) قال ابن الصلاح : « ذكر من شروط السراية أن لا يتعلق بمحله حقٌّ لازمٌ ، كما لو كان مرهونًا ، أو مدبرًا ، أو مكاتبًا ، أو مستولدة . وقد عرف أن التدبير غير لازم ، فكأنه أراد أنه لازمٌ بالنسبة إلى الغير ، فليس للغير إبطالُه .

وصورة كون نصيب الشريك مكاتبًا ، أن يكاتبه الشريكان معًا ، ثم يعتق أحدُهما نصيبه . أو يموت شخص عن ابنين ، وله عبد ، فيدعي أن الميتَ كاتبَه ، فَيُصَدِّقه أحدُ الابنين دون الآخر ، فإنه يصير نصيبُ المصدِّق مكاتبًا . فإن كاتبه أحدهما وحده ، فلا يصحّ على المذهب ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٢ / ب) .

لا يسري - من بعض ، وذلك بحسب تأكُّدِ الحقوق .

ثم عِتْقُ الموسر ، متى يسري ؟ فيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه في الحال ، حتى لايتبعَّض الرقُّ ما أمكن (١) .

والثاني : أنه إذا أدّى القيمة ؛ حتى لا يزول ملكُ الشريك (٢) إلا ببدل يملكه ؛ فإنَّ ذلك أهمُّ من السّراية .

والثالث : أنه موقوف ، فإذا أدّى تبينَّ السرايةُ من وقت العتق . وإن تعذّر استمرّ الرقُّ نظرًا إلى المعنيين جميعًا . **ثم ينبني على الأقوالِ مسائل :**

الأولى : في سراية استيلاد أحد الشريكين الأقوالُ الثلاثة بالترتيب ، وأولى بأنْ لا يتعجل ؛ لأنه علقة عتاقه ، لا حقيقة عتاقه . وقيل : أولى بأن يتعجل ؛ لأنه فِعْلٌ ، وهو أقوى من القول . [ثم] (٣) إذا سَرَّيْنَاه - لكونه موسرًا - فعليه نصفُ المهر ، ونصفُ قيمة الجارية ، ونصفُ قيمة الولد إلا إذا فرعنا على أن الملك ينتقل قبيل العلوق ، فتسقط قيمةُ الولد . وإن كان معسرًا (٤) ، فلا يسري . ولو استولدها الثاني أيضًا وهو معسر ، فهي مستولدتُهما (٥) . فإن أعتق أحدُهما نصيبَه وهو موسر ، ففي السراية وجهان ، أظهرهما : أنه لايسرى ، لأن السراية بتقدير نقل الملك ، والمستولدةُ لاتقبل النَّقْلَ . ولكنْ لايَبْعُد أن يُقْبل مثلُ هذا النقل القهري المفضي إلى العتق ، وكذلك لو أعتق الكافرُ نصيبَه من عبدٍ مسلمٍ ، ففي السراية وجهان ؛ إذ في ضمنها نَقْلُ الملك ولكنْ قهرًا .

المسألة الثانية (٦): عبدٌ بين ثلاثة ، لأحدِهم ثلثُه ، ولآخر سدسُه ....

---

(١) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة (١٢ / ١٢٠) . المنهاج ص (١٥٨) . الغاية القصوى (٢ / ١٠٤٢) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ملك الغير » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « موسرًا » .

(٥) قال ابن الصلاح : « ذكر استيلادَ أحدِ الشريكين الجاريةَ ، وقال : (وإن كان معسرًا فلا يسري . ولو استولدها الثاني وهو معسرٌ ... إلخ) فنقول : قد علم أن الثاني لا فرق فيه بين أن يكون معسرًا ، وأن يكون موسرًا . فينبغي أن يجعل قوله : (وهو معسر) عائدًا على الأول ، أي الأول معسر كما سبق تصويره ، مثل أن يقال : فلو استولدها الثاني - والحالةُ هذه - والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٢ / ب) .

(٦) في الأصل : « الثانية » وكلمة « المسألة » زيادة في (أ) ، (ب) .

[وللآخر نصفه] (١) فأعتق (٢) [اثنان نصيبهما] (٣) معًا وسرى ، فقيمة محلّ السراية تُوَزّع على عدد رءوسهما ؟ أو على قدر ملكيهما ؟ فيه قولان كما في الشفعة . وقيل : يُقْطع هاهنا بالتوزيع على عدد الرءوس ؛ لأنه إهلاك ، فيشبه الجراحات . وهو / ضعيف ؛ لأن الجراحة ٣٠٨/أ لايتقدر أثرها بقدر غَوْرِها (٤) [حتى يقال بأنّ أربع جراحات ، أثرُ كلٍّ واحدةٍ ربعُ السّراية] (٥) وهاهنا السبب مقدر تحقيقًا (٦) .

المسألة الثالثة (٧) : إذا حكمنا بتأخير السراية (٨) ، فالقيمة بأيّ يوم تُعتبر ؟ فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : يومَ الإعتاق ؛ إذ هو سببُ الزوال (٩) .

والثاني : بِيَوْم الأداء (١٠) ؛ إذ عنده فواتُ الملك .

والثالث : يجب أقصى القيمة بين الإعتاق والأداء . وهو الأصحُّ كما يجب أقصى القيمة (١١) بين الجراحة والموت .

فرع : إذا اختلفا في قدر قيمة العبد وقد مات ، وتعذّر معرفته ، فالقولُ قولُ الغارم ؛ لأنّ الأصلَ براءةُ ذمتِه . وفيه قول آخر ضعيف : أنّ القولَ قولُ الطالب ؛ إذْ يَبْعُد أن ينقل ملكُه بقولِ غيره . أما إذا ادعى الغارمُ نقصانَ القيمة بسبب نقيصة طارئة ، فالأصلُ عدم النقص ، والأصلُ براءةُ الذمة ، فَيُخَرّج على قَوْلَيْ تقابلِ الأصلين ، وليس معنى تقابلِ الأصلين استحالةَ الترجيح ، بل يُطْلب الترجيحُ من مُدْرَكٍ آخر سوى استصحاب الأصول . فإن تعذّر فليس إلا التوقّف ، أما تخيُّر المفتي بين متناقضين ، فلا وَجْهَ له .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في الأصل : « فأعتقا » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « عددها » .

(٥) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « يتقدر تحقيقًا » .

(٧) في الأصل : « الثالثة » وكلمة « المسألة » زيادة من (ب) .

(٨) يعني سراية العتق عند الأداء .

(٩) وهذا الوجه هو الذي رجحه جمهور الشافعية . انظر الروضة (١٢ / ١٢٢) .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « يوم الأداء » .

(١١) في (أ) ، (ب) : « أقصى القِيَم » .

المسألة الرابعة (١) : في الطوارىء قبل أداء القيمة على قول التوقُّف : كموت المعتق ، أو العبد ، أو بيع الشريك ، أو عتقه ، أو وطئه ، أو إعسار المعتق . أما موتُ المعتق ، فيوجب القيمة في التركة ؛ لأنه مستحقّ عليه الإعتاق . وأما موتُ العبد ، هل يُسْقط القيمة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لخروجه من (٢) قبول العتق .

والثاني : لا ؛ لأنه سَبَق استحقاقُ العتق على الموت ، والقيمةُ وجبت به .

أما بَيْعُ الشريكِ ، فالصحيحُ أنه لاينفذ ؛ فإنه يبطل استحقاق العتق ، وأما إعتاقه ففيه وجهان :

أحدهما : لاينفذ ؛ لأن الأول استحقَّ إعتاقه من نفسه (٣) .

والثاني : أنه يصح ؛ لأنَّ الملك قائم ، والمقصودُ أصلُ العتق .

وأما وطؤه ، فيوجب نصفَ المهر لنصفِها الحرّ . والظاهر : أنه لا يجب للنصف الثاني ؛ لأنّ ملكه باقٍ . وفيه وجه : أنه يجب للشريك الأول ؛ فإنّ الملك مستحق الانقلاب إليه . وأما (٤) إعسار المعتق ، فالصحيحُ أنه يرفع الحَجْرَ عن الشريك في التصرف (٥) ؛ لأنا أخرنا العتقَ لأجل حقّه ؛ فلايمكن تعطيل ملكه بغير بدل . نعم لو كان معسرًا أولًا ، فطرآنُ اليسار لا يُؤَثر في السّراية .

المسألة الخامسة (٦) : إذا قال أحدُ الشريكين لصاحبه : إذا أعتقت أنت نصيبك ، فنصيبي أيضًا حُرٌّ . فإذا أعتق المقولُ له ذلك – وكان موسرًا ، ورأينا تعجيل السراية – عَتَقَ العبدُ كلُّه عليه ؛ لأنه اجتمع على النصف تعليقٌ وسرايةٌ . والسرايةُ أولى ؛ لكونها قهريةً تابعة لعتق النصف الآخر الذي لايَقْبل الدفْعَ . وأما التعليقُ فلفظٌ يقبل الدفع . وإن فرعنا على التأخير ، فيعتق النصف الآخر بالتعليق ، كما لو أنشأ العتق معه أو بعده إلا إذا فرعنا على أن عتقه لا ينفذ لاستحقاق

---

(١) كلمة : « المسألة » زيادة من (ب) . (٢) في (أ) ، (ب) : « عن » .

(٣) وهو الأصح كما في الروضة (١٢ / ١٢٣) .

(٤) في الأصل : « أما » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « في النصف » . (٦) كلمة : « المسألة » زيادة من (أ) ، (ب) .

السراية ، فحينئذ يندفع التعليق باستحقاق السراية كما يندفع بنفس السراية . أما إذا كان معسرا فتلغو السراية ، وينفذ التعليق .

ولو قال : فنصيبي حُرٌّ قبله - وكانا مُعْسِرَيْن - عتق كلُّ نصيبٍ على صاحبه ، وإن كانا موسرين ، فهذا من الدور ؛ إذ لو عتق قبل مباشرته بحكم التعليق ، لَسَرَى وامتنعت المباشرةُ بعده ، وانعدمت الصفة التي عليها التعليقُ ؛ فتنعدم السرايةُ ، فهذا عند ابن الحداد يقتضي الحجر على المالك [(١)] في إعتاق نصيب نفسه .

المسألة السادسة [(٢)] : إذا قال أحدهما لصاحبه : قد أعتقتَ نصيبكَ وأنت موسر ، فأنكر : عتق نصيبُ المدعي مجانًا ؛ مؤاخذةً له بقوله ، وذلك ظاهر ولكنْ على قول تعجيل السّراية . ثم له أنْ يحلّفه ، فلو نكل ، فحلف المدعي : أخذ قيمة نصيبه ولم يُحْكم بعتق نصيب المدعى عليه بيمينه المردودة ؛ لأنّ دعواه إنما قُبِلَتْ لأجل قيمة نصيبه ، وإلا فدعوى الإنسان على غيره أنه أعتق ملكَ نفسِه غَيْرُ مسموع ، بل إنما تُسْمع الشهادةُ على سبيل الحسبة .

ولو ادعى كلُّ واحدٍ من الشريكين [على الآخر] [(٣)] أنه أعتق نصيب نفسه : فإن كانا معسرين ، بقي العبد رقيقًا . وإن كانا موسرين ، عَتق العبدُ ، وولاؤه موقوفٌ ؛ إذْ لايدّعيه أحدُهما لنفسه .

* * *

(١) في الأصل : « الملك » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) كلمة : « المسألة » زيادة من (أ) ، (ب) . (٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

الخاصية الثانية
العتق بالقرابة

وكل من دخل في ملكه أحدُ أبعاضِه : عَتقَ عليه إن كان من أهل التبرع . فهذه ثلاثةُ قيود :

الأول : قولنا : (دخل في ملكه) وقد تناولْنا بهذا : الإرثَ ، والهبةَ ، والشراءَ ، وكلَّ ملك ، قهرًا كان أو اختيارًا [١] ؛ لأن هذا [٢] العتق صلةٌ ، فلا يستدعي الاختيار . والسرايةُ غرامةٌ ؛ فلا تحصل إلا بعد الاختيار .

الثاني : الأبعاض [٣] . وقد تناولْنا به جميعَ الفروع والأصول [٤] ، وهو كلّ من يستحق النفقة / وأخرجْنا الإخوةَ . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يعتق كلُّ ذي رحمٍ محرم . ٣٠٨/ب

الثالث : أهلية التبرع . ويخرج عليه الطفلُ والمريضُ والمحجور [٥] .

أما الطفل ، فليس لوليّه أن يشتري له قريبَه الذي يعتق عليه . ولو وهب له [٦] لم يجز قبولُه حيث تجب نفقته ، بأن يكون الموهوبُ غَيْرَ كسوبٍ ، والصبيُّ موسرٌ . وحيث لا تجب النفقةُ في

---

(١) والملك القهري كالإرث . والاختياريُّ كالشراء أو الهبة أو الوصية وغيرها .

(٢) قوله : « هذا » ليس في (أ) ، (ب) .

(٣) وذلك كأبيه وأمه ، أو أحد أصوله من الأجداد والجدات من جهة الأب أو الأم ، وكأولاده ، وأولاد أولاده وإن سفلوا .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (كل من دخل في ملكه أحد أبعاضه : عتق عليه) ثم قوله : (الأبعاض . وقد تناولنا به جميع الفروع والأصول) هذا في غاية الإشكال ؛ لأنه [الابن] بعضٌ من الأب – مثلًا – وليس الأبُ بعضًا منه ، فطلبنا لكلامه وجهًا لا يكون فيه التزام كَوْنِ الأب بعضًا منه ، فلما وجدتُه يقول في كتابه المسمّى « تحصين المآخذ في الخلاف » : (إن الجد بعض الأب) انسدّ علينا هذا البابُ ، فعدلنا إلى تكلف وجه لتقرير كون الأب بعضًا منه [الابن] فوجهناه بأن الأبوين هما السبب في وجوده . فالأب – إذن – بعضُ السبب والأم بعض السبب ، وكل واحد منهما بعضٌ منه بهذا الاعتبار ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ق ٢٠٣ / أ) .

(٥) أي المحجور عليه . وحذفُ الصلة في مثل هذا جَارٍ على ألسنة الفقهاء ، والله أعلم .

(٦) في (أ) ، (ب) : « وهب منه » .

الحال يجوز القبولُ . وإن كان يتوقع في المآل فلا يُنْظر إليه ؟. ثم إذا قَبِلَ عَتَقَ عليه . ولو وهب منه نصف قريبه وتوقع [(١)] من قبوله السرايةَ والغرامةَ ، فلايقبله الوليُّ . وفيه وجه : أنه يَقْبل ولا يَسْرِي .

أما المريضُ ، فلو اشترى قريبه عتق من ثلثه . فإن لم يَفِ به فلا يعتق . وإنْ مَلَكه بإرثٍ أو هِبةٍ ، فيعتق من الثلث ، أو رأس المال ؟ فيه وجهان .

أحدهما : من الثلث ؛ كما لو اتهب عبدًا وأنشأ عِتْقَه .

والثاني : من رأس المال [(٢)] ؛ لأنه عِتْقٌ بغير اختياره ، ولم يبذل في مقابلته شيئا .

ولو اشتراه بألف ، وهو يساوي ألفين ، فقدرُ المحاباة يُخَرّج على أحد الوجهين ، والباقي يُحْسب من الثلث .

أما المحجور بسبب الدَّيْن – مريضًا كان أو مفلسًا – فيعتق عليه قريبُه الذي ورثه أو اتهبه إن قلنا : إنه يُحْسب من رأس المال . أما إذا اشترى ، ففي وجهٍ : يبطل الشراء . وفي وجه : يملك ولا يعتق .

فرع : إذا قهر الحربيُّ حربيًّا آخر ملكه . فلو قهر أباه ، فهل يملكه حتى يصحّ بيعُه ؟ قال أبو زيد : يملكه ؛ لأنه – وإن كان يعتق قهرًا – فقهر العتق ملك [(٣)] ، والقهرُ دائمٌ . وقال ابن الحداد : لا يملك ؛ لأن القرابة دافعةٌ ، وهي دائمة مع القهر .

قاعدة مركبة من عتق القرابة والسراية : وهي أن الموسر إذا اشترى نصفَ قريبه ، عتق وسرى ، وكذا [(٤)] لو اتهب . ولو وَرِث عتق ولم يَسْرِ ؛ لأنه لا اختيارَ .

---

(١) في الأصل : « ويتوقع » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح ، أنه يعتق من رأس المال ، وذلك حتى يعتق كله ، حتى ولو كان المعتق عليه محجورًا عليه بفلس ، أو كان مدينًا ، أو مريضًا – كما سيذكره بعد قليل . انظر الوجيز (٢ / ٢٧٦) . روضة الطالبين (١٢ / ١٣٤) .

(٣) في الأصل : « فقهر العتيق ملك » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) في (ب) : « وكذلك » .

واعلمْ أنّ اختيار وكيلِه ونائبهِ - شرعًا - كاختياره ، حتى لو أوصى له ببعض أبيه - فمات قبل القبول وورثه أخوه فقبل بنيابته [١] : عتق كلُّه على الميت إن كان في الثلث وفاءٌ ؛ لأنّ قبولَه كقبول الميتَ ، فكأن الميت ملكه في الحياة .

ولو أوصى له بنصف ابن أخيه ، فمات قبل القبول ، وورثه أخوه وقبل ، فهل يَسْري على القابل ؛ فإنه ابنه ؟ فيه وجهان . ووجْه مَنْعِ السراية : أن قبوله يحصل الملك للميت أولًا ، ثم ينتقل إليه قهرًا .

ويجري الوجهان في كل ملك [٢] يحصل غير مقصود في نفسه ، كما لو باع بعض من يعتق على وارثه بثوب ، ثم ردّ الوارثُ الثوبَ بعيب : رجع إليه [٣] بعضُ قريبه ضمنا لردِّ العوض . وكذلك إذا عجز مكاتبه وكان في يده بعضُ قريبه .

ولو عَجَّزَ المكاتبُ نَفْسَه ، فرجع بعضُ قريب السيد إليه ، لم يَسْرِ قطعًا .

* * *

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وورثه أخوه ، فَقَبِلَ بِنِيَابَتِه) كان ينبغي أن يسمي ذلك خلافةً لا نيابة ، فإن فيها نُبُوًّا عن حقيقة الوراثة وحكمها ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٣ / أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « مقصود » .

(٣) في الأصل : « ورجع إليه » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

الخاصية الثالثة

امتناعُ العتقِ بالمرض إذا لم يَفِ الثلثُ به [1]

فلو أعتق عبدًا – لا مال له غيره – عتق ثلثه ، ورَقَّ ثلثاه للورثة . فإن ظهر عليه دَيْن مُسْتغرق ، بِيعَ كلُّه في الدين [2] . ولو مات العبدُ قبل موت السيد ، قال القفال : مات وثلثه حرّ [3] ، وثلثاه رقيق . وقيل : إنه مات حرًّا ؛ لأن الإرقاق إنما يكون حيث يكون للورثة فيه فائدةٌ . وقيل : يموت كلُّه رقيقًا ؛ لأنَّ الثلث إنما يعتق إذا حصل للوارث ثلثاه . وتظهر فائدة هذا فيما لو وَهَبَ عبدًا وأَقْبَضَه ومات ، ثم مات السيد ، فيظهر أثر الخلاف في مؤنة التجهيز وأنها على مَنْ ؟. أما لو قبله المتهب ، فهو كالباقي حتى يغرم قيمة الزائد على الثلث .

فرع : لو أعتق ثلاثة أعبدٍ – لامالَ له غيرُهم – ومات واحدٌ قبل موت السيد ، قال الأصحاب : يدخل الميت في القرعة ، فإنْ خرجتْ له رَقَّ الآخران . وإن خرج على أحد الحَيَّيْنِ عَتَقَ ثلثاه فقط . وهذا إنما يصحّ على اختيار القفال . فأما من جَعل الميت قبل السيد كالمعدوم ،

---

(١) يعني امتناع العتق بمرض الموت ؛ إذ تبرعاتُ المريض مرَضَ الموت تحسب من الثلث الذي يجوز له الوصيةُ به ، والعتق من التبرعات ؛ فلا يجوز منه إلا ما يكون في حدود الثلث .

(٢) قال الحموي : « قوله فيه أيضًا : (الخاصية الثالثة : امتناع العتق في المرض إن لم يف الثلث به ، وإن أعتق عبدًا لا مال له غيرُه ، عتق ثلثه ورقَّ ثلثاه للورثة ، ولو ظهر له دَيْنٌ مستغرق ، بيع كله في الدين) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكال من حيث إنه قال : (له دين) والأمر على العكس ، وذلك من حيث إن الدين على الميت لا له ، ولهذا يباع العبد كله في الدين من أجل الغريم ، وهو إشكال ظاهر .

قلت : عنه جوابان : أحدهما : أنه قد تقدم قبل هذا ما يدل على الغريم ، وإذا كان كذلك كان تقديرُ الكلام ، فإن ظهر للغريم على الميت دَيْنٌ مستغرق بِيع كلُّه ، وتكون « الهاء » في قوله : (له) عائدة على الغريم . الثاني : أن اللام تكون بمعنى « على » وردت في قوله تعالى : ﴿ ويخرون للأذقان يبكون ﴾ وكذلك ﴿ أولئك لهم اللعنة ﴾ تقديره : « أولئك عليهم اللعنة » « ويخرون على الأذقان » وإذا كان كذلك صح ما ذكره الشيخ ، وبه خرج الجواب . إشكالات الوسيط (ق ٢٠١ / أ – ٢٠١ / ب) .

(٣) قوله : « وثلثه حرّ » ساقط من (أ) ، (ب) .

فلا ينقدح [(١)] عنده إدخالُه في القرعة . أما إذا مات أحدُهم بعد موت السيد ، ولكن قبل امتداد يد الوارث وقبل القرعة : فيدخل في القرعة . فإن خرج عليه رَقَّ الآخران ، وإن خرج على أحد الباقيين عَتَقَ ثلثاه ولم يحتسب ما لم يدخل في يد الوارث عليه . وإن كان دخل في يده ، ولكنْ مات قبل القرعة ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يحسب عليه ، حتى لو خرجت على واحدٍ من الحيينِ عتق بكماله [(٢)] .

والثاني : لا ؛ لأنه كان محجورًا عن [(٣)] التصرُّف قبل القرعة ، فأيُّ فائدة لليد ؟ .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « فلا يتجه » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (١٢ / ١٣٨) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « عند » .

الخاصية الرابعة
القرعة

والنظرُ في محلّها / وكيفيتها . ٣٠٩/أ

أما « محلُّها » فإنْ أعتق عبيدًا معًا لا يَفِي ثلثُه بهم (١) ؛ فقد أعتق رجلٌ ستةَ أعْبُدٍ لا مالَ له غيرهم ، فَجزَّأَهُم رسولُ الله ﷺ ثلاثة أجزاء ، وأَقرع بينهم (٢) . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا قرعة ، ويوزَّع عليهم (٣) ؛ فيعتق من كل واحدٍ ثلثُه (٤) . وهو القياس ، ولكنْ تَشَوَّفَ الشرعُ إلى تكميل العتق ؛ فَوَجَبَ اتباعُ الخبر (٥) . والمذهبُ أنّ القرعة جاريةٌ فيما لو أوصى بعتقهم ، وفيما لو قال : الثلثُ من كل واحدٍ منكم حرٌّ . وفيه وجه : أن الخبر إنما ورد في تنجيز العتق على الجميع ؛ فلا تلحق به الوصية ولاصريحُ التجزئة ، بل يجري على القياس .

أما إذا أعتق على ترتيب ، فلا خلافَ أن السابق يُقدَّم ولاقرعة . وأما الوصية ، فلا ينظر فيها إلى التقدم والتأخر ؛ لأنّ الموت جامعٌ لوقت العتق ، وهو واحد . نعم ، لو دَبَّر عبدًا وأوصى بعتق آخر ، فالمدَبَّر يتصل عتقُه بالموت ، والوصية تقف على الإنشاء بعده ، ففيه وجهان :

أحدهما : تقديم المدبَّر .

والثاني : التسوية ؛ لأنَّ استحقاق الموصى به يُقَارب عِتْقَ المدبر .

---

(١) يعني إذا أعتق المريض مرض الموت قدرًا من العبيد يجاوزون قدرَ الثلثِ المسموح له به شرعًا ولم يُجِزِ الورثةُ ذلك .

(٢) الحديثُ رواه مسلم في صحيحه (٣/١٢٨٨) (٢٧) كتاب « الأيمان » (١٢) باب « من أعتق شركًا له في عبد » برقم (١٦٦٨) بإسناده عن عمران بن حصين أن رجلًا أعتق ستة مملوكين له ، عند موته – لم يكن له مالٌ غيرهم – فدعا بهم رسول الله ﷺ فجزَّأَهُمْ أثلاثًا ، ثم أقرع بينهم ، فأعتق اثنين وأَرَقَّ أربعة ، وقال قولًا شديدًا » .

(٣) يعني الثلث .

(٤) انظر في مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) شرح معاني الآثار (٤ / ٣٨١ - ٣٨٤) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « ولكنْ تشوُّفُ الشرعِ إلى تكميل العتق ، يُوجِب اتباع الخبر » .

فرع : في الدَّوْرِ ، و كيفيةِ الإخراج من الثلث . فإذا أعتق ثلاثة أعبد ، قيمةُ كل واحد مائةٌ ، ولامالَ له غيرهم ، ولكن اكتسب واحدٌ مائة قبل الموت ، فيقرع بينهم : فإنْ خرج على المكتسب ، فلا إشكالَ ، وقد عتق وفازَ بالكسب ، ورَقّ الآخران . ولو خرج على غيره عتق ولم يُقْنَع به ؛ لأنه يَبقى للورثة عبدان ومائةٌ أخرى هي الكسب ، فيقرع مرةً أخرى بين العبدين الآخرين . فإنْ خرج على غير المكتسب ، فيعتق منه ثلثُه ، وبه يتمّ ثلثُ أربعمائة ؛ إذْ مهما رَقَّ المكتسبُ صار [المال] (١) أربعمائة . وإن خرج على المكتسب وقع الدَّوْر ؛ لأن كل جزء يعتق منه ، فيستتبع جزءًا من الكسب في مقابلته ، وينقص مبلغ الميراث به ؛ إذ ما يتبع الجزء يخرج من حساب الميراث ، فسبيلُه الجبر والمقابلة ، فطريق عمله أن نقول : عتق من المكتسب شيءٌ وتبعه مثلُه ؛ لأنّ الكسب مثل قيمته . ولو كان اكتسب مائتين ، لَقُلْنا : تبعه مِثْلَاهُ ؛ ولو كان اكتسب خمسين ، لَقُلْنا : تبعه مِثْلُ نصفِه . فإن (٢) كان الكسب مائة ، وتبعه مثلُه ، بقيَ في يد الورثة ثلاثمائة إلا شيئين ؛ إذ أعتقنا شيئًا وتبعه مثلُه ، وهي تعدل مثلي ما أعتقنا ، فيكون مائتين وشيئين ، أعتقنا مائةً وشيئًا ، ففي أيديهم ثلثان إلا شيئين ، تعدل مائتين وشيئين ، فتجبر الثلاث مائة بشيئين ، فيصير في أيديهم ثلاثمائة تعدل مائتين وأربعة أشياء ، فالمائتان بالمائتين قصاصٌ ، تبقى مائةٌ في مقابلة أربعة أشياء ، فيكون كلُّ شيء ربعَ المائة ، فقد ظهر لنا أنّ الذي أعتقنا ، كان ربع العبد وهو قدر خمس وعشرين ، وتبعه من الكسب مثلُه ، فتصير خمسين ، ويبقى في يد الورثة من بقية الكسب والعبدينِ قَدْرُ مائتين وخمسين ، وهو ضعْفُ ما أعتقناه ، فإنا أعتقنا مائةً وخمسًا وعشرين . وذلك ما أردنا أن نبين . ومهما زادت قيمةُ عبدٍ ، فهو ككسبه . ولو كانت جاريةً فحملت ، فالحملُ كالكسب .

الطرف الثاني : في كيفية القرعة ، وكيفية التجزئة . أما كيفيةُ القرعة ، فقد ذكرناها في كتاب « القسمة » ويتخيّر بين أن يكتب اسم [العبيد ، أو يكتب الرق والحرية ، ولعلّ الأسهل أن يكتب اسم] (٣) الحرية في رقعة ، والرقَّ في رقعتين ، وتُدْرج في بنادق متساوية ، وتُسلم إلى صبيّ ، حتى يُعْطيَ كلَّ عبدٍ بندقةً . وهذا يقطع النزاعَ في البداية باسم مَنْ تخرج عليه .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٢) في (أ) ، (ب) : « فإذا » .
(٣) ما بين الحاصرتين ساقط من الأصل وثابت في (أ) ، (ب) .

ولو اتفقوا على أنه إنْ طار غرابٌ ، فغانمٌ حرّ مثلًا ، وإنْ وضع صبيٌّ يدَه على واحد ، فهو حرّ : فذلك لا أثرَ له ، بل لا بدّ من القرعة كما ورد الشرعُ . نعم ، لا يتعينُ الكاغد في الرقعة ، لكنْ يجوز بالخشب وغيرِه ؛ وقد أقرع رسولُ الله ﷺ في المغانم مرةً بالنوى ، ومرةً بالبعر (١) .

أما « كيفيةُ التجزئة » فإن أعتق ثلاثة أعبدٍ - أو ستةً - وَهُمْ متساوو القيمةِ ، فيسهل تجزئتُهم بثلاثة أجزاء (٢) . أما إذا خالفت القيمةُ العددَ ، فإن أمكن التجزئةُ إلى ثلاثة أجزاء بالقيمة ، فيفعل ولا يُبَالي بتفاوت العدد حتى لو كانوا أربعة (٣ وقيمةُ اثنين مائة ٣) وقيمة كل واحد من الآخرين مائةٌ ، جَعَل الاثنين جزءًا واحدًا . (٤ فإذا خرجت لهما القرعة عتقا ٤) . أما إذا لم يمكن ذلك ، بأن كانوا ثمانية أعبد مثلًا ، ولا تنقسم إلى ثلاثة أجزاء - إذا تساوت قيمتهم - ففيه قولان :

أحدهما : أنه يُجَزَّأ بحيث يقرب من التثليث فيجعل ثلاثة وثلاثة واثنين . فإن خرج على الثلاثة قرعةُ الحرية لم يعتق / جميعهم بل تُعاد القرعة بينهم بسهمِ رقٍّ ، وسهمَيْ عتقٍ . فمن خرج ٣٠٩/ب له سهمُ الرقّ : رَقَّ ثلثُه ، وعتق ثلثاه .

والثاني : أنه لا يجب التثليث ، بل يجوز تجزئتهم مثلًا أربعة أجزاء : سهم عتقٍ ، وثلاثةُ أسهمِ رقٍّ ، فأيُّ عبدين خرج لهما القرعة بالحرية عتقا ، ثم تُعاد بين الستة ، فَيُجَزَّءون بثلاثة أجزاء ، ويُضْرب بينهم سهمُ عتقٍ وسَهْمَا رِقٍّ ، فأي عبدين خرج لهما سهمُ العتق انحصر فيهما ، ثم تعاد بينهما ، فمن خرج له عَتَق ثلثاه مع الآخرين . والصحيح أنّ هذا في الاستحباب ، وقال الصيدلاني : الخلافُ في الاستحقاق .

فرع : إذا كان على الميت دَينٌ مُسْتغرِق ، بطل العتقُ . وإن لم يستغرق فالباقي بعد الدَّيْن كأنه كلّ المال ، فينفذ العتقُ بقدر ثلث الباقي . وإذا لم يملك إلا عبيدًا أعتقهم ، فيقرَع أوّلا سَهْمُ دَيْن ، وسَهْمُ تركةٍ حتى يتعين بعضُهم للدَّيْن ، فيصرف أولًا إلى الدين ، ثم يُقْرع للعتق والورثةِ في

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وقد أقرع رسول الله ﷺ في المغانم مرةً بالنوى ومرةً بالبعر) لا أعرف له صحة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٣ / ب) .

(٢) في (ب) : « لثلاثة » .

(٣) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فإذا خرجت القرعة لهما : أُعْتِقا » .

الباقين ؛ لأنه ربما يموت مَنْ تعين للدَّيْن قبل أن يصرف إليه .

ولا يجوز أن يكتب رقعةً للعتق ، وأخرى للدين ، وأخرى للورثة دفعةً واحدة ؛ لأنه ربما سبق رقعة العتق ولا يمكن تنفيذُه قبل قضاء الدَّيْن . وفيه وجه : أنه يجوز .

ثم إذا خرج أولًا سهمُ العتق وقفنا في التنفيذ إلى أن يُقْضى الدَّيْنُ . ثم كيفيةُ القرعةِ – على الصحيح – أن ينظر ، فإن كان الدين ربعَ التركة – مثلًا – قسمنا العبيدَ أربعةَ أجزاء . وإن كان ثلاثة قسمناهم ثلاثة أجزاء . فإذا خرج قرعة الدين لقسمٍ [1] صرفناه إلى الدين .

ثم إذا دفعنا بعض العتق – فظهر للميت دَيْنٌ – أعَدْنا القرعة بقدر ما اتسعت التركة ، ولايخفى وجهُه .

* * *

(١) في (ب) : « بقسم » .

النظر الثالث [1]
في فروع متفرقة

الأول : إذا أَبْهَمَ العتقَ بين جاريتين ، ثم وطىء إحداهما ، هل يكون ذلك تعيينًا للملك فيها ؟ فيه وجهان ذكرناهما في الطلاق [2] . وفي الاستمتاع باللمس والقبلة وجهان مرتبان وأولى بأن لايكون تعيينًا . وفي الاستخدام وجهان مرتبان ، ويبعد جَعْلُه تعيينًا . وبقيةُ أحكام الإبهام ذكرناها في الطلاق .

الثاني :إذا قال لجاريته : أولُ ولدٍ تلدينه فهو حرّ . فولدت ميتًا ، ثم حيًّا ، لم يعتق الحيُّ وانحلت اليمينُ بالميت خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [3] .

الثالث : لو قال لعبده : أنت ابني ، ثَبَتَ نسبُه وعتق إلا أن يكون أكبر سِنًّا منه فيلغو ؛ لأنه ذكر محالًا . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يعتق وإن لم يثبت النسب [4] .

ولو كان مشهورَ النسب من غيره ، لم يَثْبت النسب . وفي العتق وجهان ؛ لأن ما صرح به ممتنعٌ شرعًا لاحسًّا ، بخلاف مَنْ هو أكبر منه .

الرابع : إذا أعتق الوارثُ عبدًا من التركة قبل قضاء دَيْنِ الميت - أو بَاعَه - فذلك ينبني على أن تعلّق حقّ الغرم بالتركة كتعلق أرش الجناية ، أو كتعلق المرتهن ، أو يَمنع أصلَ ملكِ الوارث ؟ وفيه ثلاثة أوجه . ولعلّ الأصحَّ : أنه إن كان معسرًا لم ينفذ تصرُّفُه ، وإن كان موسرًا فيكون تصرفُه كتصرف الراهن [5] .

---

(١) وهو النظر الثالث من كتاب « العتق » نفسه ، وكان حقه التأخير إلى ما بعد « الخاصية الخامسة ، وهي الولاء » .

(٢) انظر من كتاب « الطلاق » .

(٣) انظر في مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : طريقة الخلاف في الفقه ص (١٥٠ - ١٥٣) .

(٤) انظر طريقة الخلاف في الفقه ص (١٤٦ - ١٤٨) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله في إعتاق الوارث عبدًا من التركة قبل قضاء الدين : (لعل الأصح ، أنه إن كان معسرًا لم ينفذ تصرُّفُه ، وإن كان موسرًا ، فيكون تصرفه كتصرفِ الراهن) معناه : أنه إن كان معسرًا ، لم ينفذ إعتاقُه قولًا واحدًا بخلاف الراهن ، فإن فيه - إذا كان معسرًا - قولين . والفرق : أنَّ مِلْكَ الوارث ثلثاه من الميت ، فيقدم فيه حقٌّ =

الخامس : لو قال : إذا أعتقتُ غانمًا فسالمٌ حرٌّ ، ثم أعتق غانما وهو مريض (١) ، وكلٌّ واحد ثلثُ مالِه : لم يُقْرَع بينهما ، بل يُعتَق غانمٌ ؛ لأنه ربما تخرج القرعة على سالم فيعتق من غير وجود الصفة ، وهو وجودُ عتقِ غانمٍ . وفيه وجه : أنه يقرعَ ، وهو غلطٌ .

السادس : إذا قال أحد الشريكين : إن كان هذا الطائر غرابًا فنصيبي حُرّ . وقال الآخر : إن لم يكن غرابًا ، فنصيبي حرّ ، واشْتُبِهَم . فإن كانا موسريْن ، نفذ عتقُ العبد ؛ إذ أحدُهما حانث . وليس لأحدهما أن يُطالب الآخرَ بقيمة السِّراية . وإن كانا معسرين رَقَّ العبد إذ كلٌّ واحدٍ يشك في عتق نصيب نفسه ، والأصلُ بقاء الملك (٢) .

= الميت ويقتضي ذلك امتناعَ تصرُّف الوارث إذا كان على وجه يفوت حقّ الميت من قضاء دَيْنِه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٣ / ب) .

(١) يعني السيد ، وهذا واضح .

(٢) قال الحموي : « قوله فيه : « الفرع السادس : إذا قال أحد الشريكين : إذا كان هذا الطائر غرابًا فنصيبي حرٌّ ، وقال الآخر : إن لم يكن غرابًا فنصيبي حر ، واشْتُبِهَم ، فإن كانا موسرين فقد عتق العبد ؛ إذ أحدهما كان ولابد أن يكون صادقًا فيعتق نصيبُه ويشتري ، وليس لأحدهما أن يطالب الآخر بقيمة السراية ، وإن كانا معسرين رق العبد ؛ إذ كل واحد منهما تشكّك في عتق نصيب نفسه ، والأصل بقاء الملك) .

قلت : ما ذكره الشيخ هاهنا فيه اضطراب ، حيث إنه قال : (يعتق الجميع) ومع الاعتبار لا يعتق شيء منه ، ثم علل بكونه مشكوكًا في عتق نصيب نفسه ، والأصل بقاء الملك ، ولا شك بأن هذا يخالف ما ذكره أولًا من الإعتاق ؛ فإنه أيضًا يشكك في عتق نصيب نفسه ، ولأن الإعسار لا يؤثر إلا بالنسبة إلى السراية لا بالنسبة لوقوع سبب التعليق ؛ إذ يقتضي ذلك أن يعتق النصف بطريق الإحالة ، ولا يعتق الباقي بطريق السراية على تقديم الإعسار؛ إذ لا يعتق منه شيءٌ للشك في وقوع ذلك ظاهر .

وذلك أيضًا يكون في الموسر كما لا يخفى [أيضا ؛ فإنه ذكر في « الوجيز » ما يناقض المذكور في « الوسيط » فقال : (عبد مشترك بين اثنين ، وقال أحدهما : إن كان هذا الطائرُ غرابًا ، فنصيبي حر . وقال الآخر : إن لم يكن غرابا فنصيبي حر ، فلا يتبقى منه شيءٌ ؛ للشك) وإذا كان كذلك كان مخالفًا لما ذكره من حيث النقل والمعنى كما لا يخفى] .

قلت : أمكن أن يقال : لعل هذه العلة تنبني على ما إذا أعتق أحدُ الشريكين نصيبَه ، هل يعتق في الحال أو يدفع القيمة أو يكون موقوفًا ؟ فيه ثلاثة أقوال . فإن قلنا : لا يعتق إلا بالأداء وهو موقوفٌ ، لم يعتق شيءٌ لا بالتعليق ، ولا بالسراية من حيث [إنه] لا يعلم من هو المعتق عليه ، فعلى هذا الموسرُ والمعسرُ في هذا سواء . وإن قلنا : يعتق في =

فإن اشترى أحدُهما نصيبَ الآخر ، حُكِم بعتق نصف العبد ؛ إذ تيقن أنَّ في يده نصفَ حرٍّ . وكذا لو اشترى ثالثٌ العبدَ حُكِم عليه بحرية نصفه ، وليس له الردُّ عليهما ولا على أحدِهما ؛ لأنّ كل واحدٍ يزعم أن نصيبه رقيقٌ . وفيه وجه : أنه يرد إذا كان جاهلًا . وهو فاسدٌ ؛ لأن العتق قد نفذ عليه ، فكيف ينقض ؟.

السابع : وقف بين يديه غانمٌ وسالم ، فقال [١] : أحدُكما حرّ ، ثم غاب سالمٌ ، ووقف ميسرٌ بجنب غانم ، فقال : أحدُكما حُرّ ، ثم مات قبل البيان ، وقلنا : الوارث لا يقوم مقامه في التعيين ، فيقرع بين غانمٍ وسالمٍ . فإن خرج على سالم عتق ، وأقرع بين غانم وميسر ، ويعتق مَنْ خرج .

أمّا إذا خرج أولًا على غانم ، فهل تُعَاد بينه وبين ميسر ؟ فيه وجهان . قال الماسرجسي [٢] : تُعاد ؛ لأنه أبهم مرتين فيقرع مرتين . وقال الأستاذ أبو إسحاق : لا تعاد ؛ لأن القرعة كتعيين المالك أو بيانه لِمَا نواه .

ولو قال المالك : أردتُ بالإبهامين غانمًا فقط ، أو عيَّن غانما عن الإبهامين لانقطعت المطالبةُ عنه ، فينزل الأمر بعد موته على الأول ، ويقنع بعتق غانم .

الثامن : إذا كان له عبدان ، فقال : أعتقتُ أحدَكما على ألف ، وقَبِلَ كلٌّ واحد ، ومات قبل البيان ، أقرع بينهما : فمن خرج له عتق ولزمه قيمة رقبته ؛ لفساد العوض بالإبهام . وفيه وجه : أن المسمَّى أيضًا يحتمل الإبهام ، تبعًا للعتق ، فيلزم الألف .

= الحال ، فإن كانا موسرين عَتَقَ العبدُ ؛ إذ لا بد وأن ينفذ عتقُ أحدهما لا محالة فيسري إلى الباقي ، لكن ليس لأحدهما مطالبةُ الآخر بالقيمة ؛ إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر ، وإن كانا معسرين ،رق العبدُ ؛ لأن كل واحد منهما لا يستيقن عِتْقَ نصيب نفسه ، والنصيبان لشخصين كعبدين ، لكن لو اشترى أحدهما نصيبَ الآخر حُكِمَ بعتق نصفِ العبد ؛ إذ المتيقن في حده نصفُ حر عبدًا بحال الملك ، وإذا كان كذلك أمكن أن يجمل ما ذكره في « الوجيز » على المعنى الأول ، وما ذكره في « الوسيط » على المعنى الثاني » . إشكالات الوسيط (ق ١٩٩ / ب - ٢٠٠/ب) .

(١) أي السيد .

(٢) انظر ترجمته في القسم الدراسي .

التاسع : جاريةٌ مشتركة زَوَّجَاها من ابن أحد الشريكين ، فولدت : عَتَقَ نصفُها على أحد الشريكين ؛ لأنه جدُّ المولود ، ولا يسري عليه ؛ لأنه عتق بغير اختياره . ولا يُجْعَل - بالإذن في التزويج - مختارًا وقد تخلل بعد الوطء والعلوق باختيار غيره . وقيل : سببُه أنّ الولد ينعقد حرًّا وإنما يسري العتقُ الطارىء دون الحرية الأصلية . وقد قيل : إنه ينعقد رقيقًا ، ثم يعتق كما لو اشترى قريبَه ، مَلَكه ثم عتق عليه . وعندي : أنه لا يملك ، بل يندفع الملكُ بموجب العتق ، ويكون الاندفاعُ في معنى الانقطاع ، وكذلك الولد يندفع رِقُّه . ولهذا غَوْرٌ ذكرناه في « تحصين المآخذ » [١] في مسألة « شريك الأب » .

العاشر : المغرور بنكاح الأَمَةِ [٢] ، يَغْرم قيمة الولد للسيد . فلو غُرَّ بجارية أبيه ، ففي لزوم قيمة الولد وجهان :

أحدهما : أنه لا يجب ؛ لأنه يعتق بسبب الجدودة وإن لم يكن ظن المغرور ، فإنه لو زوَّجها من ابنه كان ولده حرًّا .

والثاني : أنه يغرم ؛ لأن الأبَ لم يَرْضَ بتعرُّضِ ولد جاريته للعتق بنكاح ابنِه ، فلا يُفَوّت عليه .

* * *

---

(١) وهو من كتب الإمام الغزالي في الفقه ، واسمُه « تحصين المآخذ في علم الخلاف » . انظر : شفاء الغليل للغزالي ص (١٥٥) . وطبقات الشافعية لابن هداية الله ص (٢٤٨) ومؤلفات الغزالي للدكتور عبد الرحمن بدوي ص (٣٥) .

(٢) أي نكحها على أنها حرةٌ ، فَبَانَتْ أَمَةً .

الخاصية الخامسة

الولاء[1]

والنظر في : سببه ، وحكمه ، وفروعه .

الأول : في السبب . وسببُه زوالُ الملكِ بالحرية . فكلُّ من زال ملكُه عن رقيقٍ بالحرية ، فهو مولاه ، سواءٌ نَجَّزَ[2] ، أو علَّق ، أو دَبَّر ، أو كاتب فتمت الكتابةُ ، أو استولد فمات ، أو أعتق العبدَ بعوض ، أو اشترى قريبَه فعتق عليه ، أو ورثه فَعَتَقَ عليه قهرًا ، أو سرى عتقُه إلى نصيب شريكه . وسواء اتفق الدين عند العتق أو اختلف .

ولو باع عبده من نفسه ، فالظاهرُ أيضًا أن الولاء له . وفيه وجه : أنْ لا ولاء له في هذه الصورة أصلًا .

وأما حقيقة الولاء ، فهو لُحْمَةٌ كَلُحْمة النسب كما قال رسول الله ﷺ[3] ؛ فلذلك نقول : لو شرط في العتق نَفْيَ الولاءِ ، أو شَرَطَه لغيره ، أو شرطَه لبيت المال : لَغَا شرطُه ؛ وهذا لأنّ المعْتِق كالأب ، فإنه سببٌ في وجود العبد ؛ إذ كان العبدُ مفقودًا لنفسه ، موجودًا لسيّده ، فقد أوجدَه

---

(١) الولاء من آثار العتق ، مأخوذ من الوليّ بمعنى القرابة . يقال : بينهما ولاء ، أي : قرابة حكمية حاصلة بسبب العتق . والولاء نوعان :

الأول : ولاء عتاقة ، ويُسمّى ولاء نعمة ، وسبب هذا الولاء : الإعتاقُ .

الثاني : ولاء الموالاة . وسببه العقد الذي يجري بين اثنين .

انظر : مختار الصحاح ص (٧٣٦) . المصباح المنير (٢ / ١٠٤٤) مادة (و ل ي) . التعريفات للجرجاني ص (٢٥٤) . أنيس الفقهاء ص (٢٦١ ، ٢٦٢) . معجم لغة الفقهاء ص (٥٠٩) .

(٢) أي نَجَّزَ العتق .

(٣) حديث صحيح : رواه ابن حبان في صحيحه (٧ / ٢٢٠) كما في « الإحسان بترتيب ابن حبان » كتاب « البيوع » باب « النهي عن بيع الولاء وعن هبته » برقم (٤٩٢٩) بلفظ « الولاء كلحمة النسب ، لا يباع ولا يوهب » . ورواه الحاكم في المستدرك (٤ / ٣٤١) وصححه ووافقه الذهبيُّ . ورواه البيهقي في السنن الكبرى (١٠ /٢٩٤) بإسناده عن علي مرفوعًا بلفظ « الولاء بمنزلة النسب ، لا يباع ولا يوهب ، أقره حيث جعله الله » وقال البغوي : اتفق أهل العلم على هذا ، أن الولاء لا يُبَاع ولا يوهب ، ولا يُورث ، إنما هو سبب يُورَث به كالنسب ،=

لنفسه بالعتق . ولذلك قال رسول الله ﷺ : « لن يُجْزِي ولدٌ والدَه حتى يَجِدَه مملوكًا ، فيشتريه فيُعْتِقه [(١)] » ؛ لأنه إذا أعتقه فقد كافأه على الأبُوّة ؛ إذ صار سببًا لوجوده الحكمي كما كان الأب سببًا لوجوده الحسّيّ . ولهذا قال بعضُ الأصحاب : تحرم الصدقةُ على موالي بني هاشم ، وإذا أوصى لبني فلانٍ دَخَل فيهم مواليهم . ولهذا نقول : لا يثبت الولاءُ بالمحالفة والموالاة خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) ؛ لأن الولاء ثمرة الإنعام بالإيجاد الحكمي ؛ فلا يحصل بالمعاقدة ؛ ولذلك نقول : يسترسل ولاءُ المعتِق على أولاد العتيق وأحفاده ، وعلى مُعْتَق العتيق ، ومعتق معتقه وإن سفلوا . وقد حصل لك من هذا أنّ الشخص قد يثبت الولاءُ عليه لمعتقه أو لمعتق أصوله من أب وأم ، وجد وجدة ، أو لمعتق معتقه ، ويسترسل الولاءُ على سائر أحفاد العتيق إلا في ثلاثة مواضع :

الأول : أن يكون فيهم مَنْ مَسَّه الرقُّ ، فالولاءُ عليه لمباشر العتق ولعصباته ولا ينجرّ إلى معتق الأصول أصلًا .

الثاني : أن يكون فيهم مَنْ أبوه حرٌّ أصلي – ما مَسَّ الرقُّ أباه – فلا ولاءَ على ولده كما لا ولاءَ عليه . وهو مذهبُ مالك (رحمه الله) . ومنهم من قال : يثبت الولاءُ نظرًا إلى جانب الأم ، فإنها في محلّ الولاء . وهو ضعيف ؛ لأن جانب الأب مقدمٌ في باب الولاء كما سيأتي في الجدّ . وفيه وجه : أن أباه إن كان عربيًّا يُعْلم نسبُه ، وأنْ لا رِقَّ في نسبه ، فلا ولاء عليه . وإن حُكِم بحريته بظاهرِ الحالِ – كالتركي والخوزي والنبطي – فيثبت الولاء عليه . وهذا مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) .

الثالث : أن تكون أمُّه حرةً أصليةً ، وإنما المعْتَقُ أبوه ، فالظاهر هاهنا ثبوتُ الولاءِ ؛ نظرًا إلى جانب الأب . وفيه وجه : أنه لا يثبت ، فعلى هذا : لا يثبت الولاءُ بالسّراية / من الأصل إلا على ٣١٠/ب
ولدٍ ليس في أصوله حرٌّ أصليّ .

هذه قاعدةُ الولاء ، والنظرُ بعدَه في : التقديم والتأخير . والأصلُ فيه أن من مسَّه الرقُّ

= يُورَث به ولا يُوَرَّث . وكانت العرب في الجاهلية تبيع ولاء مواليها ، فنهاهم رسول الله ﷺ عن ذلك » . شرح السنة (٨/ ٣٥٤) .

(١) الحديث رواه مسلم في صحيحه (٢ / ١١٤٨) (٢٠) كتاب « العتق » (٦) باب «فضل عتق الوالد» حديث (١٥١٠) .

فالولاءُ عليه لمباشر العتق لا لمعْتِق أبيه ومعتِق أُمّه . فإن لم يمسَّه الرقُّ - بأن يُولَد حرًّا من رقيقين في صورة الغرور ، أو من معتقين ، فالولاءُ عليه لموالي الأب ؛ وهو مقدم على موالي الأم . فإن كان الأبُ رقيقًا بَعْدُ - لا ولاء عليه - فالولاءُ لموالي الأم إلى أن يعتق الأب ، فينجرّ من موالي الأمّ إلى موالي الأب ، إلى أن يتعذَّر جَرُّه إلى موالي الأب بأن يشتري هو أبَ نفسِه ، فيعتق عليه ؛ إذ هو مولى أب نفسه ، فلا يمكن إثبات الولاء على نفسه ، ويبقى الولاءُ لموالي الأم . وقال ابن سريج : ينجرُّ الولاءُ إليه ويسقط ، ويصير كشخصٍ لا ولاءَ عليه أصلًا .

فرعان

أحدهما : لو كان الأب رقيقًا فأعتق أب الأب ، ففي انجرار الولاء إليه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنّ الأبَ رقيقٌ ، فيلزم أنْ ينجرّ من موالي الجدّ إلى موالي الأب إذا أعتق ، والمنجرُّ ينبغي أن يستقر ، ولا ينجرّ ثانيًا .

والثاني : وهو الأصح ، أنه ينجرّ إليه ، ثم ينجرّ إلى الأب ، وليس يشترط استقرار المنجرّ .

ولو أن مولودًا ما مَسَّه الرقُّ ، وهو من أبوين ما مَسَّهما الرقُّ ، لكن لكل واحد من أبويه أبوان رقيقان إلا أم أمه فإنها معتقة ؛ فالولاء فيه تبعٌ لولاء أُمّه ، وولاءُ أُمّه تبعٌ لولاء أمها . فإن أعتق أب أمه انجرَّ الولاءُ إلى موالي أب الأم . فإن أعتقت أم الأب انجرّ الولاءُ إلى موالي أم أمه . فإن أعتق أبو أبيه انجرّ إلى موالي أب أبيه ، واستقر فيه [(١)] .

---

(١) قال الحموي : « قوله في باب الولاء : (ولو أن مولودًا ما مسَّه الرق ، وهو من أبوين ماسهما رق ، ولكن لكل واحد من أبويه أبوان رقيقان ، إلا أم أمه ؛ لأنها معتقة : فالولاء فيه تبع لموالي أمه ، وولاء أمه تبع فيه لولاء أمها ، فإن أعتق أبو أمه انجرَّ الولاء إلى موالي أبي الأم ، وإن أعتقت أم الأب انجرَّ الولاءُ إلى موالي أبي الأم ، وإن أعتقت أم الأب انجر الولاء إلى موالي أبي أبيه ، واستقر فيه) .

قلت : مفهوم ما ذكره الشيخ أنه إذا انتهى الإرث إلى [موالي] أبيه أنه يستقر فيه وينقطع حتى يكون لبيت المال ، حتى لو فرضنا مثلًا مولى أبي أبيه ، فإنه لا يَنْجَرُّ إليه ، وإنه ليس كذلك ، فإنه ينجر إجماعًا كما لا يخفى .

قلت : مقصوده من هذا التصوير أن يبين أن الولاء إذا انتهى إلى مولى أبي الأب وانقطع ، ولم يكن أحد ممن يدلي بأبي الأب ، فإنه لا يرجع الولاء إلى مولى الأم ، وقد أشار إليه بعد هذا ، وليس المعنى بالانجرار ، أمَا يتبين من طريق الإسناد أن الولاء لم يَزَلْ في جانب الأم ، فعلى هذا ينقطع من موالي الأم ، ثم ينتقل إلى بيت المال بعد أن لم يَبْقَ أحدٌ من موالي أبي الأب وصاعدًا ، وبه خرج الجواب » . إشكالات الوسيط (ق ٢٠١ / ب ، ٢٠٢ / أ) .

فإن فرضْنَا الأبَ رقيقًا ، تصوّر أن ينجرّ إلى معتق الأب من معتق الجد أيضًا . والمقصودُ أنَّ أبَ الأم أولى بالاستتباع من أم الأم ، وأمّ الأب أولى من أب الأم ، وأب الأب أولى من أمّ الأب ، والأب أولى من أب الأب ، فيقع الانجرارُ بحسبه إلى أن يستقر على ما لا يُوجد أولى منه .

الفرع الثاني : لو أعتق أمة حاملًا عتق الجنين ، وولاءُ الجنين لموالي الأم لا لموالي أبيه ؛ لأنه عتق بالمباشرة ، فالمباشرةُ أولى لمباشرته ، لا لأنه مولى أمّه . وهذا إذا عُلِم أن الجنين كان موجودًا يوم الإعتاق بأن يؤتى به لأقلّ من ستة أشهر . فإن كان لأقلَّ من أربع سنين بحيث يفترشها الزوجُ ، ففيه قولان ذكرنا نظيرهما في مواضع ؛ من حيث إن إثبات النسب يدلّ على تقدير وجوده وقتَ العتق ، ولكن يجوز أن يُكْتفى في النسب بالاحتمال ولا يكتفى في الولاية .

* * *

النظر الثاني
في أحكام الولاء

وهي ثلاثة : ولايةُ التزويج ، وتحمُّلُ العَقْل [١] ، والوراثةُ ؛ لأن الولاءَ يُفيد العصوبةَ ، وهذه نتائج العصوبة [٢] . وقد ذكرناها في مواضع ، ولكنْ نُنبِّهُ الآن في الميراث على أمور :

الأول : أن المعتق إذا مات ولم يَخْلُفْ إلا أبَ المعتق وأمَّه : فلا شيءَ للأم . ولو خَلَف ابنَ المعتق وبنتَه فلا شيءَ للبنت . ولو خلف أبَ المعتق وابنَه فلا شيء للأب ؛ لأن الأب ليس عصبةً مع الابن [٣] ، والميراثُ لعصبةِ المعتق . ولايعصب الأخُ أختَه في باب الولاء . وعلى الجملة فالولاءُ يورَث به ولا يُورَث في نفسه ، وإنما يرث به العصباتُ ، فَيُقَدَّر موتُ المعتق بدل موت العتيق – يوم موت العتيق – و كلُّ من يأخذ ميراثَه بعصوبته فيأخذ ميراث عتيقه ، ولا يُسْتثنى عن هذا إلا الجدّ والإخوة ، فإنّ فيهم قولين :

أحدهما : أنّ أخ المعتق يُقدَّم على جدّه ؛ لِقوّةِ البنوّة في العصوبة .

والثاني : أنهم يتقاسمون كما في ميراث النسب ، لكنْ لا مُعَادة بالأخ للأب مع الجدّ ، بل يُقدم عليه الأخُ للأب ، ولا يعاد عليه الأخ للأب . وهذا مذهبُ زيدٍ . وفيه وجه : أنّ الأخ للأب يُسَاوي الأخ للأب والأمّ ؛ لأنه لا أَثَر للأُمومة في الولاء .

---

(١) العقل : الدية . ومنه قولهم : عَقَلَ القتيلَ ، فهو عاقل : إذا غرم دِيَتَه . وتُسمى الجماعة : عاقلة ، وسُمّيت الدية عَقْلًا ، لأن الإبل كانت تُعْقَل بفناء أولياء المقتول ، أي : تُشدّ في عقلها ؛ لِتُسَلَّم إليهم ويقبضوها . انظر : المطلع على أبواب المقنع ص (٣٦٨) . معجم الفقهاء ص (٣١٨) .

(٢) ومعنى ذلك أنه إذا مات العتيق – ولا وارثَ له بنسبٍ ولا نكاح – ورث معتقُه جميعَ ماله . وإن كان للعتيق من يرث بالفرضية – وفضل منه شيء – أخذه المعْتِقُ . فإن لم يكن المعتق حيًا – يوم موت العتيق – ورثه بالولاية أقربُ عصبات المعتق . ولا يرثه أصحابُ فروض المعتقِ ، ولا من يتعصب بغيره منهم . فإن لم نَجِدْ للمعتِق عصبةً بالنسب ، فالميراثُ لمعتق المعتق ، فإن لم يوجد فَلِعَصباتِ معتق المعتق . انظر : الروضة (١٢ / ١٧٤ ، ١٧٥) .

(٣) يعني أن الابن مقدم على أبيه في العصوبة .

الثاني : أنَّ المرأة لا يُتصوّر أنْ ترث بالولاء إلّا إذا باشرت العتقَ ، فهي كالرجل في المباشرة حيث ثبت لها الولاءُ على عتيقها وعلى أولاد عتيقها وعلى عتيق عتيقها .

الثالث : لو خَلَفَ رجلٌ ابنين وولاءَ مَوْلى ، فالولاءُ لهما . فإن مات أحدُهما عن ابن ، ثم مات العتيقُ ، فميراثُه لابنِ المعتِق وليس لابن الابن شيءٌ ؛ لأنه لو قُدِّرَ موتُ المعتق في ذلك الوقت ما ورثه ابنُ الابن فلا يرث عتيقه ، وهو معنى قولهم : الولاءُ لِأَقْعَدِ ولد المعتق ، أي الأقرب .

الرابع : أن النسبة قد تتركّب من النسب والعتق ، فيلتبس أمره التقديم والتأخير ، فقد يثبت الولاء لأب معتق / الأب ولمعتق أب المعتق ، وينبغي أن يُقدم معتق الميت ، ثم عصباتُ معتقه ، ثم ٣١١/أ معتق معتقه .

ولو قيل لك : معتقُ أبٍ ، وأبُ معتقٍ ، فأيُّهما أولى ؟ فهذه أُغلوطةٌ ، فإنّ الميت له معتق ، فولاؤه لمعتقِه وعصباتِ معتقه ؛ فلا يكون لمعتق أبيه وأمِّه حقٌّ فيه ، فإنّ ولاء المباشرة لا ينجرُّ ، وإنما ينجرُّ ولاءُ السّراية إلى الأولاد . فإذن مَنْ له أب معتق فالولاءُ عليه ، كان بالمباشرة لمعتقه أو لعصبات معتقه أو لمعتق معتقه إذا كان له معتقٌ . وليس لمعتق أبيه ولاءٌ أصلًا ، فكيف يقابل بأب المعتق . وكذلك قد يُظَنُّ أن معتق أب المعتق أولى من معتق معتق المعتق ، لأنه يدْلي بالولاية حيث توسط الأب . وهو غلط ؛ لما ذكرناه من أنّ للميت معتقًا فولاؤه له بالمباشرة ، فلا حقَّ فيه لمنْ يُدْلي بإعتاق أبيه .

فُرُوع مُشْكِلَة

الأول : اشترى أخٌ وأختٌ أباهما ، فعتق عليهما ، فأعتق الأب عبدًا ومات ، ثم مات العتيق . فقد غلط في هذه المسألة أربعمائة قاضٍ فضلًا عن غيرهم ؛ إذ قالوا : ميراثُ العتيق بين الأخ والأخت ؛ لأنهما مُعْتِقا معتقِه . وإنما الحقُّ أن الميراث للأخ ، ولاشيء للأخت ؛ لأنها إن أَخذَتْ لأنها معتقة المعتق ، فهو محال ؛ إذْ عصبةُ المعتق أولى ، وأخوها عصبةُ المعتِق ، بل لو خلف الأبُ ابنَ عمٍّ بعيدٍ : لكان أولى من البنت .

المسألةُ بحالها : لو مات الأخُ وخلَف هذه الأخت ، فلها نصفُ ميراثه بالأخوّة ، ولها من الباقي نِصْفُه ؛ لأنها لما اشترت أباها ثبت لها نصفُ الولاءِ على الأب واسترسل على أولاده ،

وأخوها من أولاد أبيها ؛ فلها نصفُ الولاء عليه ، فتحصُل على ثلاثة أرباع ميراثه .

ولو مات الأبُ ، ثم مات الابنُ ، ثم مات العتيقُ ، فلها ثلاثة أرباع ماله . أما النصفُ ؛ فلأنّ (١) لها نصفَ الولاء على معتقه . وأما الربع ؛ فَلأَنَّ لها الولاءَ أيضًا على أخيها الذي هو مُعْتِقُ نصفِ المعتق ، فهي في أحد النصفين معتقةُ المعتق ، وفي نصفِ النصفِ معتقةُ أبي معتق المعتق .

الثاني : أختان خلفتا حرتين في نكاح غرور ، اشترت إحداهما أباها والأخرى (٢) أمَّها ، فولاءُ التي اشترت أمَّها انجرَّ إلى التي اشترت أباها ، فثبت الولاءُ لمشترية الأب على مشترية الأم . وأما مشترية الأم ، فالمنصوصُ : أنّ ولاء صاحبتها أيضًا ثبت لها ، فتكون كلُّ واحدة مولى صاحبتها ؛ لأن التي اشترت الأب لا تقدر أنْ تجرَّ ولاءَ نفسِها إلى نفسِها فيبقى لمشترية [الأم] (٣) فإنّها معتقة الأم . وقال ابن سريج : تجرّ إلى نفسها ، ويَسْقُط . فإذا ثبت هذا ، فلو مات الأبُ فلهما ثلثا ميراثِه بالبنوّة ، والباقي لمشترية الأب بالولاء . فإن ماتت بعد ذلك مشتريةُ الأمّ - ولا وارثَ لها سوى الأختِ - فنصفُ ميراثها لها بالأُخوَّة ، والباقي بالولاء ؛ لأنها جرّت ولاءَها بإعتاق الأب . وكذلك كان ميراثها لمشترية الأم - على النصِّ - بالأُخوَّةِ والولاءِ . وعند ابن سريج : النصفُ لها والباقي لبيت المال ؛ إذْ لا ولاءَ عليها .

الثالث : في الدَّوْر . اشترت (٤) أختان أُمَّهما ، وعتقتْ عليهما ، ثم إن الأم شاركت أجنبيًا في شراء أبيهما - أعني أبَ الأختين - وأعتقاه ، فيثبت الولاء لهما نصفان ، على الأب وعلى الأختين أيضًا ؛ لأنهما وَلَدَا معتقهما ، وولاءُ الأب يجرُّ الولاءَ من مولى الأم ، والأختان هما موليا أم نفسيهما ، فإذا ماتت الأمُّ فلهما الثلثان بالنسب ، والباقي بينهما بالولاء ؛ لأنهما اشتريا الأمَّ .

ثم إذا مات الأبُ ، فلهما ثلثا ميراثه بالبنوّة ، والباقي بين الأجنبيِّ والأمِّ ؛ لأنهما مُعْتِقاه .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « لأن » .

(٢) أي : اشترت الأخرى أمَّها . فكلمة « الأخرى » مرفوعة بالضم المقدَّر على الألف ؛ لأنها معطوفة على الفاعل الأول « إحداهما » .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) في (ب) : « اشترى » .

ولو مات الأبوان ، ثم ماتت إحدى الأختين ، فنصفُ ميراثِها لأختها بالنسب ، والنصفُ الآخر بين الأجنبي والأمّ لو كانت حيةً ؛ لأنهما معتقا الأب ، والآن فالأمُّ ميتةٌ ، فنصيبها - وهو الربع - يجب أن يكون لمُعْتِقَيْهَا وهما الأختان - الحيّة والميتة - فيصرف النصف إلى الحيّة ويبقى نِصْفُه - وهو الثمن - للميتة .

والقياسُ أنْ يُصْرف إلى من له ولاءُ الميتة وهو الأجنبيّ والأم . ثم قَدْرُ ولاء الأمّ يرجع إلى الحية والميتة .

ثم قَدْرُ ولاء الميتة - من الأم - يرجع إلى الأجنبيّ والأمِّ فيدور بينهما الثمنُ لا ينفصل ، بل لا يزال يرجع منه شيءٌ إلى الميتة ، فالصوابُ أن يقسم المال من ستة : ثلاثةٌ للأختِ بالنسب ، والباقي بين الأجنبي وبينهما بالولاء أثلاثًا ، للأجنبيّ سهمان ولها سهم ، فتحصل / الأختُ على ٣١١/ب أربعة أسهمٍ ، والأجنبيُّ على سهمين . وغلط ابنُ الحداد فقال : يُصْرف الثمن إلى بيت المال ، لِتعذُّرِ مصرفِه . وهو فاسدٌ ؛ لأنه كلما دَارَ ، رَجَعَ إلى الأجنبي ضِعْفُ ما يرجع إلى الأخت فيقسم كذلك [١] ، والله أعلم وأحكم .

* * *

(١) قال الحموي : « قوله فيه أيضًا في الدور : (اشترت أختان أمهما ، فعتقت عليهما ، ثم إن الأم شاركت أجنبيًا في شراء أبيهما ... إلى قوله : وغلط ابن الحداد حيث قال : يُصْرَفُ الثمنُ إلى بيت المال ، ويتعذر مصرفه . وهو فاسد ؛ لأنه كلما دَارَ ، رَجَع إلى الأجنبي ضعفُ ما يرجع إلى الأخت فيقسم كذلك) .

قلت : المنقول في هذه المسألة ثلاثة أوجه : أحدها : أنه يُقَسَّم ذلك على ستة : على ما أشار إليه الشيخ ، والثاني : أنه يقسم بينهما جميعُ المال على سبعة . ذكره أبو علي ، وعلل بأن الثمن هو الدائر ، والمسألة من ثمانية ، ويقسم الثمن على بقية المال ، وهو ضعيف ، فإنه أدخل في القسمة ما أخذت الأخت لمجرد النسب ، وذلك لا ينبغي أن يدخل في الحساب ، بل الباقي بعد ذلك هو الذي يوجد بالولاء . والوجه الثالث : أن الثمن يصرف إلى بيت المال ، وهو الصحيح من المذهب لمن أمعن فيه النظر .

فإذا كان كذلك فأقول : أصل الفريضة من اثنين للأخت النصف بالنسب ، ويبقى سهم بين الأجنبي والأم لو كانت حية ؛ لأنهما معتقا الأب ، فيكون على هذا التقدير للأجنبي نصفُ السهم الباقي ، ويبقى نصف سهم للأخت الحية والميتة ، فيكون للحية نصف الربع وهو الثمن ، فإذا كان كذلك فيسقط الكل من جنس الكسر فيكون ثمانية أجزاء : للأخت بالنسب أربعةُ أسهم ، وللأجنبي سهمان على النسبة ، وللأخت الحية سهم ، ويبقى =

....

* * *

= سهم للأخت الميتة يدور بين الأجنبي والأخت الحية على ما ذكره الشيخ ، ولما كان كذلك ، اختار الشيخ أن تكون الفريضةُ من ستةٍ حتى ينقطع الدور على ما تقدم ذكره ، وأما ابن الحداد فإنما جعل السهم في بيت المال لكي لا يأخذ الأجنبي أكثرَ من حقِّه ؛ لأنه ليس له إلا قدرُ نصفِ هذا ، فكيف يأخذ أكثر منه ؟ وكذلك الأخت ، ولما كان كذلك جعله في بيت المال لهذا المعنى الذي ذكرناه ، وليس كان ذلك لأجل الدور الذي أشار إليه الشيخ ومن وافقه ، وكأنهم فَهِمُوا مَنْ جَعَلَه في بيت المال إنما كان لأجل الدور ، وليس كذلك لمن تأمل ذلك ، فإن فيه عوضًا فلْيُتَنَبَّهْ له .

فإن قيل : كيف جعل الشيخ المسألة من ستة على اختياره فمعلوم أنها ليس أصلها من ستة لمن عرف اصطلاح الفرضيين ؟ .

قلت : ليس مراد الشيخ بذلك أن يكون أصلها من ستة ، وإنما مراده بذلك أن يصح من ستة وطريق ذلك أن نقول : أصل الفريضة من اثنين للبنت النصف ، وقد علم أن الشيخ إنما فرضها من ستة ليقطع الدور . فيُحَصِّل للأجنبي سهمين وللأخت سهمًا ، وإذا كان كذلك ، بقي من الفريضة سهمٌ يخص الأجنبيَّ ثلثاه ، والأختَ ثلثُه ، ومهما اجتمع لنا في الحساب كسرٌ ضربنا أصله في مخرج ذلك الكسر ، وهو ثلاثة ، يكون ستة للبنت سهمٌ مضروب في ثلاثة تكون ثلاثةً ، وللأجنبي ثلثا سهم في ثلث فيكون سهمين ، وللأخت ثلث سهم في ثلاثة تكون واحدًا . صار المجموع ستة : للأخت أربعة ، وللأجنبي سهمان .

فعلى هذا يخرج الجواب بأن يقال : قد ثبت أن المنقول عن ابن الحداد أن الثُّمُنَ يُصْرَف إلى بيت المال ، ولم يُنْقَل عنه فيه تعليلٌ ، وكان من علَّل ذلك لنا [إنما] فَهِمَ منه الدورَ فبنى عليه ذلك ، ثم إن الشيخ قال ما ذكروه وقلدهم فيه وكان معذورًا ، والصحيح ما أشرنا إليه واعتمدنا عليه ، وهو اختيار ابن الحداد ، وإليه أشار صاحب الشامل وغيره من العلماء المحققين » . إشكالات الوسيط (ق ٢٠٢ / أ - ٢٠٤ / ب) .

كتاب التدبير [1]

(١) التدبير : مصدر ، يقال : « دَبَّرَ العبدَ والأمة تدبيرًا : إذا علق عتقه بموته ؛ لأنه يعتق بعدما يُدْبر سيدُه . والممات : دبر الحياة . ويقال : أعتقه عن دبر : أي : بعد الموت . ولفظ « التدبير » لا يُستعمل في كل شيء يحصل بعد الموت كالوصية أو الوقف وغيرهما ، بل هو لفظ خُصَّ به العتقُ بعد الموت . انظر : مختار الصحاح ص (١٩٧ ، ١٩٨) . المصباح المنير (٢٨٩/١) ، مادة (د ب ر) . التعريفات ص (٤٨) . المطلع على أبواب المقنع ص (٣١٥) . أنيس الفقهاء ص (١٦٩) . معجم لغة الفقهاء ص (١٢٦) .

والنظر في أركانه وأحكامه .

الأول في الأركان : وهو اثنان : الصيغة ، والأهل (١) . أما المحلُّ فلا يخفى (٢) .

الركن الأول : الصيغة (٣) . وهي (٤) أن يقول : إذا متُّ فأنت حرٌّ ، أو دبَّرتُك ، أو أنت مُدَبَّر . وحكمه أنه يُعْتق إنْ وَفَّى الثلثُ به بعد قضاء الديون . وفيه مسائل :

الأولى : أنّ لفظ « التدبير » صريحٌ . نصَّ عليه ؛ لأنه مشهورٌ في اللغة لهذا المعنى وورَدَ الشرعُ بتقريره . ولفظُ « الكتابة » يفتقر إلى النية ؛ لأن اللغة لاتجعلها صريحًا في حكمها الشرعيّ . وقيل : فيها قولان بالنقل والتخريج . وهو ضعيف .

الثانية : التدبير المقيَّد كالمطلق ، وهو أن يقول : إنْ متُّ من مرضي هذا ، أو قُتِلْتُ ، فأنت حرّ . ولو قال : إنْ دخلت الدارَ فأنت مُدَبَّر ، لايصير مُدبرًا ما لم يدخل الدار ، وقد علق العتق بصفتين ، ولو قال : إن متُّ فأنت حرٌّ بعد موتي بيومٍ : عتق بعد موته بيوم . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : صار وصيةً فتحتاج إلى الإنشاء بعد الموت .

فلو قال شريكان : إذا مِتْنَا فأنت حرٌّ ، فإذا مات أحدُهما لم يعتق نصيبُه ؛ لأنه مُعلَّق بموتهما جميعًا ، لكن صار نصيب الآخر مدبرًا عند موت صاحبه . وقيل ذلك ؛ لأن تدبير الثاني معلقٌ (٥) بموت صاحبه والآن لم يَبْقَ إلا موتُ المالك . ولكن ليس للوارث التصرُّفُ في نصيب من مات أولًا ؛ لأنه ينتظر العتق بموت الثاني ، فهو كما لو قال : إن دخلت الدار بعد موتي فأنتَ حُرّ ، لم يَجُزْ للوارث بَيْعُه بعد الموت كما لا يبيع مالَ الوصية قبل قبول الموصَى له . وليس للوارث رَفْعُ تعليق الميت كما ليس له رَفْعُ عاريته التي أضافها إلى ما بعد الموت .

---

(١) أي : من يصح منه التدبير .

(٢) وهو العبد المملوك لسيده أو الأمة .

(٣) وهي نوعان : صريحٌ ، وكناية مع النية .

(٤) في (ب) : « وهو » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « معلقًا » . وهو خطأ واضح .

الثالثة : إذا قال : أنت مُدَبَّر إنْ شئتَ ، فالمشهورُ : أنه لابد من مشيئته على الفور . وفيه وجه آخر : أنه لا يجب على الفور لا هاهنا ولا في تعليق الطلاق إلا أن يكون الطلاقُ على عوض .

أما إذا قال : أنت مدبر متى شئتَ ، فلا يجب على الفور أصلًا ، لكنْ يقتضي مشيئتَه في حياة السيد . وكذلك لو قال : إنْ دخلتَ الدار فأنت حرّ ، لم يعتق بالدخول بعد موت السيد ، بل مطلقُ تعليقه يُنَزَّل على حياته إلا أن يُصَرِّح ويقول : إنْ دخلت الدار بعد موتي فأنت حُرّ . وكذلك لو قال : إن شئتَ بعد موتي فأنت حُرّ ، فَشَاءَ بعدِ موته : عتق ، ولم يجب الفور بعد الموت إلا أن يرتب بِفَاءِ التَّعقيب ، فيقول : إن متُّ فشئتَ فأنت حرّ ، ففي الفور وجهان يجريان [1] في كل تعليق بهذه الصيغة [2] .

فرع : لو قال : إذا متُّ ، فأنت حرٌّ إنْ شئتَ ، ففيه ثلاثة أوجه [3] :

أحدها : أنه تكفي المشيئة في الحياة .

والثاني : أنه يُحْمل على المشيئة بعد الموت .

والثالث : أنه لابد من مشيئته [4] في الحال ، وأخرى بعد الموت ؛ حتى يحصل اليقينُ ولا يُعْتَق بأحدهما .

---

(١) في الأصل ونسخة (أ) : « يجري » والمثبت من (ب) .

(٢) والأصح أنه يشترط مشيئته على الفور بعد موت السيد . انظر الروضة (١٢ / ١٨٨) .

(٣) قال في الروضة (١٢ / ١٩٠) : « يحتمل أن يراد بهذا اللفظِ ، المشيئةُ في الحال . وتحتمل المشيئة بعد الموت ، فيراجع ويُعمل بمقتضى إرادته . فإن قال : أطلقت ولم أَنْوِ شيئًا ، فثلاثة أوجه : الأصح : حمله على المشيئة بعد الموت » .

(٤) في (ب) : « مشيئة » .

ولو قال : إنْ رأيتَ العينَ فأنت حرٌّ – والعينُ اسمٌ مشترك لأشياء (١) – فالظاهر أنه إذا رأى واحدًا يُسَّمى عينًا (٢) : عتق .

الركن الثاني : الأهل . ويصحُّ التدبير من كل مكلف ، مالكٍ ، غيرِ محجورٍ . فهذه ثلاثةُ قيود .

أما « المكلف » فنعني به أنه لا ينفذ من المجنون ، والصبيّ الذي لا تمييز له . وفي المميِّز قولان (٣) ، وكذا في وصيّته ؛ لأنه قربةٌ ولا ضَرَرَ عليه فيه .

وأما « المالك » : فيخرج عليه أنه لو دبَّر نصيب نفسه من عبدٍ مشترك لا يسري إلى الآخر . وذكر صاحب « التقريب » في سرايته وجهين ، وهو بعيد ؛ لأنه تعليقٌ أو وصية لا تليق به السراية . بل لو دبَّر نصفَ عبدِه لم يَسْرِ إلى الباقي ، لا في الحال ولا إذا عتق بعد الموت ؛ لأنه بعد الموت مُعْسِر .

وأما « المحجور » : فيخرج عليه السّفيه ، وفيه طريقان :

أحدهما : القطع بنفوذه منه (٤) .

والثاني : أنه كالمميز .

وأما « المرتدّ » ، فإن قلنا : لا يزول مِلْكه وقد حُجر عليه ، فَيُخَرَّج تدبيرُه (٥) على تدبير المفلس المحجور . وإن قلنا : يزول ملكه ، لم ينفذ . وإن قلنا : إنه موقوف (٦) فهو موقوف (٧) .

---

(١) فهي تطلق على العين الباصرة ، وعلى عين الماء ، وعلى الجاسوس وغير ذلك .

(٢) يعني واحدًا من هذه الأشياء السابقة التي يطلق عليها لفظ « العين » .

(٣) والأظهر أنه لا يصح تدبير المميز أيضًا . انظر : الروضة (١٢ / ١٩١) . المنهاج ص (١٥٩) . الغاية (٢ / ١٠٤٦) .

(٤) وهو المذهب . انظر الوجيز (٢ / ٢٨٢) . روضة الطالبين (١٢ / ١٩٢) . المنهاج ص (١٥٩) . الغاية القصوى (٢ / ١٠٤٦) .

(٥) يعني بعد ردته .

(٦) يعني ملكه .

(٧) يعني أنّ تدبيره موقوفٌ أيضًا . ومن ثم ، فإن رجع عن ردته وأسلم ، فتدبيره صحيح . وإن مات مرتدا – والعياذ بالله – بَانَ فسادُ تدبيره .

=

ولو دبَّر ثم ارتد ، فطريقان :

أحدهما : أنه يُخَرَّج بطلانُه على أقوال الملك .

والثاني : القطع بأنه لايبطل ؛ لأنّ حقَّ العبد متعلّق به ، فلا يمكن إبطالُه كما لا يبطل حقُّ الغرماء ونفقةُ الأقارب عن ماله (١) .

وإن قلنا : يبطل ، فلو عاد إلى الإسلام / ففي عَوْدِ التدبير طريقان : ٣١٢/أ

أحدهما : أنه يعود ؛ كما لو استحال العصيرُ المرهونُ خمرًا ، ثم صار خلًّا .

والثاني : أنه يُخَرَّج على قولي عَوْد الحنث .

أما إذا مات مرتدًّا ، وقلنا : لا يبطل التدبير ، فينفذ إنْ وَفَّى به الثلث . وفيه وجه : أنه لا ينفذ ؛ لأن الوارث لا شيءَ له من ماله ، وإنما تنفذ الوصية في مالٍ يُورث ، ومالُه فيء . وهذا ضعيف ؛ لأن الفيءَ مصرفُه بيتُ المال فيعتبر الثلثُ لأجله .

أما الكافر الأصليّ فيصح تدبيره . فإن نقض العهد مُكِّن من استصحاب مدبره ؛ لأنه قِنّ (٢) ، ولا يُمَكَّن من مكاتبه . ولو أسلم مدبرُه ، فهل يُباع عليه ؟ فيه قولان (٣) :

= وقال في الروضة (١٢ / ١٩٢) : « قال ابن سلمة : [هذه] الأقوال ، إذا حجر القاضي عليه . فأما قبله ، فيصح [تدبيره] قطعًا . وقال أبو إسحاق : هي قبل الحجر ، فأما بعده فلا يصح قطعًا . وقال غيرهما بطرد الأقوال في الحالين . وقد سبق في « الردة » أن البغويّ جعل [قول] الوقف أصح » يعني وقْف ملكه إلى أن يرجع أو يقتل مرتدا .

(١) وهذا هو الأصح ، وهو الذي رجحه العراقيون . انظر الوجيز (٢ / ٢٨٢) . الروضة (١٢ / ١٩٢) . المنهاج ص (١٥٩) .

(٢) هو بكسر القاف وتشدد النون . ويستوي فيه الواحد والاثنان والجمع والمؤنث والمذكر . ويجمع على « أَقْنان » و « أَقِنّة » ، والقنّ بمعنى مقنون ، وهو لغة : الذي يُضْرب بالعصا ، ويطلق على المملوك هو وأبواه . وفي اصطلاح الفقهاء هو : الرقيق الكامل الرقّ ، أي الذي : لم يحصل فيه شيء من أسباب العتق أو مقدماته ، كالمكاتبة أو التدبير أو غيرهما . انظر : معجم لغة الفقهاء ص (٣٧٠) .

(٣) قال في الروضة (١٢ / ١٩٣) : « أظهرهما : لا يباع ، بل يبقى التدبير ؛ لتوقع الحرية . ولكن يخرج من يده ، ويجعل في يد عدل ، ويُصْرف كسْبُه للسيد كما لو أسلمت مستولدته » .

أحدهما : نعم كالقنّ .

والثاني : لا ، نَظَرًا للعبد ، ولكن يُحَال بينهما ، ويستكسب له كالمستولدة .

وفي المكاتب إذا أسلم ، طريقان [١] :

أحدهما : أنه كالمستولدة لا تُبَاعُ عليه .

والثاني : أنه كالمدَبَّر ، فَيُخَرَّج على القولين .

النظر الثاني :في أحكامه .

والنظر في حكمين : ارتفاع التدبير ، وسرايته إلى الولد . ويُرْفَع التدبير بأمور خمسة :

الأول : إزالة الملك ببيع وهبةٍ جائزٌ ، ويرتفع التدبير في الحال . فإن عاد إلى الملك [٢] - وقلنا : إن التدبير وصيةٌ - لم يَعُدْ . وإن قلنا : تعليقٌ [٣] ؛ فيخرج على قولَيْ عَوْد الحنث [٤] . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يجوز إزالة الملك عنه كالمكاتب .

الثاني : صريحُ الرجوعِ . وهو جائزٌ إن قال : أعْتِقُوه عنِّي بعد موتي ؛ لأنه وصيةٌ . وإن قال : إذا متُّ فدخلتَ الدار ، فأنت حرٌّ : لم يَجُزْ صريح الرجوع ، لكنْ يجوز إزالة الملك ؛ لأنه تعليق محضٌ . أما إذا قال : دبرتك ، أو أنت حرٌّ بعد موتي ، ففيه معنى التعليق والوصية فإنه إثباتُ حقٍّ للعبد ، فأيُّهما يُغَلَّب ؟ فيه قولان . واختيارُ المزنيّ ترجيحُ معنى الوصية وتجويزُ الرجوع [٥] .

فإن قلنا : إنه وصيةٌ ؛ حصل الرجوعُ عنه بما يحصل به الرجوع عن الوصية حتى العرض

---

(١) والمذهب أنه لا يباع ، بل تبقى الكتابة ؛ لانقطاع سلطة السيد واستقلالِ المكاتب ، فإن عجّزه السيدُ عن أداء نجومه ، بيع عليه . انظر الروضة (١٢ / ١٩٤) .

(٢) يعني إن عاد هذا العبد إلى ملك سيده الأول الذي دبره ، كأن يشتريه ، أو يُوهب له ، أو غير ذلك .

(٣) وهذا هو الأظهر عند الأكثرين ، وهو أحد قولي الجديد كما في الروضة (١٢ / ١٩٤) .

(٤) والأظهر أنه لا يعود كما في الروضة (١٢ / ١٩٤) .

(٥) انظر اختيار المزني في مختصره ص (٣٢٢) .

على البيع إلا الاستيلاد ، فإنه يوافق موجب التدبير فلا يرفعه ، ويَرْفع الوصية . ولو قال بعد التدبير المطلق : إذا متُّ فدخلتَ الدار ، فأنت حُرّ ، كان رجوعًا عن التدبير المطلق . ولو قال : إن دخلت فأنت حر ، فقد زاده سببًا آخر للحرية ، فلا رجوعَ . فلو كاتبه أو رهنه هل يكون رجوعًا ؟ فيه وجهان . ولو رجع عن التدبير في نصفه ، فالباقي مدبرٌ . ولو رجع عن تدبير الحمل لم يَسْرِ الرجوعُ إلى الأم ولا بالعكس ، بل يقتصر .

الثالث : إنكارُ السيدِ التدبيرَ ، وقد قال الشافعي (رضي الله عنه) : القول قولُ السيد [1] ، وهذا مشكل ؛ لوجهين :

أحدهما : أن الإنكار رُجُوعٌ ، فأيُّ مَعْنًى للتحليف ؟ فمنهم من قال : فرّع الشافعيّ على معني الرجوع الصحيح . ومنهم من قال : الإنكار ليس برجوع ، بل هو رَفْع الأصل ، فعليه أن يحلف أو يرجع [2] . فقد تحصلنا على وجهين في الإنكار ، هل يكون رجوعًا [3] ؟ ويجري في إنكار الوصية أيضًا [4] . وأما إنكار الموكِّل فهو عَزْلٌ قطعًا [5] . ومنهم من طرد الوجهين . وإنكار البائع - بشرط الخيار - ليس فسخًا ، وفيه احتمالٌ . وإنكارُ الزوجِ الطلاقَ الرجعيَّ لا يكون رجعةً قطعًا ؛ لأنه في حكم عقد فيحتاط باللفظ .

الإشكال الثاني : أن الشافعي (رضي الله عنه) نصَّ على أن الدعوى بالدَّين المؤجَّل لا تُقْبل ؛ إذ لا لزومَ في الحال ، فكيف تُقْبَل دعوى العبد في التدبير ، واتفق الأصحاب على آخر الخلاف في المسألتين بالنقل والتخريج . فإن قلنا : تُقْبَل دعوى التدبير ، فلايكفي فيه شاهد وامرأتان ؛ لأنّ مقصوده العتق [6] .

---

(١) انظر مختصر المزني ص (٣٢٣) .

(٢) يعني : يرجع عن تدبيره .

(٣) ورجحه في الوجيز (٢ / ٢٨٢) .

(٤) والأصح أنه لا يرتفع التدبير والوصية بالإنكار ؛ لأنهما عقدان يتعلق بهما غرض شخصين ، فلا يرتفعان بإنكار أحدهما . انظر : الروضة (١٢ / ١٩٧) . المنهاج ص (١٦٠) .

(٥) يعني يكون إنكار الموكِّل عزلًا لوكيله الذي يدعي وكالته .

(٦) وعليه ، فلابد من شاهدين . انظر مختصر المزني ص (٢٢٣) .

الرابع : مجاوزة الثلث [١] . فلو كان استوفى ثلثَه بتبرُّعٍ قبل التدبير ، لم ينفذ تدبيرُه . ولو لم يَفِ الثلثُ إلا ببعضه اقتصر على ذلك القدر . والتدبيرُ – وإنْ كان في الصحة – فيحسب من الثلث كالوصية ؛ لأنه مضافٌ إلى الموت . أما إذا علق على صفة في الصحة ، فوجدت الصفةُ في المرض ، فهل ينحصر في الثلث ؟ فيه قولان .

فرع : لو لم يملك إلا عبدًا ، فدبَّره : عتق ثلثُه عند الموت . فلو كان له مال غائب ؟ فهل يُنَجَّز العتقُ في الثلث ؟ فيه قولان :

أحدهما : نعم ؛ لأن الغائب لايزيد على المعدوم ، فقدرُ الثلثِ مُسْتيقنٌ بكل حال .

والثاني : لا ؛ لأن العبد لو تسلّط على ثلث نفسه ، للزم تسليطُ الورثة على ثلثيه ، فكيف يُسلّط ، ويتوقع عتق الثلثين برجوع المال ؟ وهذا هو المنصوص [٢] ، والأولُ مخرَّج ، والقولان جاريان في الوصية بمالٍ إذا كان له مالٌ غائب ، أن الموصَى له ، هل يُسَلَّم إليه الثلثُ الحاضر في الحال ؟ وكذلك لو كان له دَيْنٌ على أحد ابنيه – لا مالَ له غيره – فهل يبرأ عن / نصيب نفسه قبل ٣١٢/ب
تسليم نصيب أخيه ؟ فيه قولان .

الخامس : إذا جنى المدبَّرُ بِيعَ فيه ، فإن فداه السيدُ بقي التدبيرُ . وإن باع بعضَه ، فالباقي مدبر ، وإن مات قبل الفداء – والثلثُ وافٍ بالأرشِ والعتقِ – وَجَب على الوارث فداؤه ليعتق . وفيه قول : أنه لايجب ؛ بناءً على أنّ أرش الجناية يمنع نفوذَ العتق . وفيه خلاف .

النظر الثاني في الولد :

وفيه مسائل :

الأولى : ولدُ المدبرة – من زنا أو نكاح – هل يَسْري إليه التدبيرُ ؟ فيه قولان :

أحدهما : أنه يسري ، كالاستيلاد .

---

(١) من المعلوم أنّ عتق المدبر مُعْتبر من الثلث بعد أداء الديون التي على مُدَبِّرِهِ . فلو كان على الميت دينٌ مستغرق للتركة ، لم يعتق منه شيء . وإن لم يكن دَيْنٌ – ولا مَالَ له سواه – عتق ثلثُه : انظر الروضة (١٢/١٩٨) .

(٢) وهو الأصح أيضًا كما في الروضة (١٢ / ١٩٩) .

والثاني : لا ، كالوصية (١) .

لو علّق عتقها بالدخول ، ففي سراية التعليق إلى ولدها قولان . نصَّ عليهما في « الكبير » . فإن قلنا : يسري ، فمعناه أنه إن دخل أيضًا عتق ، ولا يعتق بدخول الأم ؛ لأن هذا سرايةُ عتقٍ لا سرايةُ تعليقٍ . ومنهم من قال : معناه أن يعتق بدخول الأم .

ثم إذا سَرَّيْنا التدبير ، كان كما لو دَبَّرهما معًا ؛ حتى لا يكون الرجوعُ عن أحدهما رجوعًا عن الآخر . ولو لم يَفِ الثلثُ بهما أُقرع بينهما . وفيه وجه : أنه يقسم العتق عليهما ؛ إذ يبعد أن تخرج القرعة على الولد ، فيعتق دون الأصل . وهذا ضعيفٌ ؛ فإنه صار مستقلًا بعد السّراية . وكذلك لو ماتت الأمُّ بَقِيَ مدبرًا . أما ولد المدبَّر فلا يتبعه بل يتبع الأمَّ الرقيقة أو الحرة .

الثانية : إذا مات السيد – وهي حامل – عتق معها الجنينُ بالسراية . ولو كانت حاملًا حال التدبير ، فهل يسري التدبيرُ المضاف إلى الأم إلى الجنين ؟ فيه وجهان . فعلى هذا ، لو تبرع الوارث بالفداء وعتق ، فالولاء للميت إن قلنا : إن إجازة الورثة ليس بابتداء عطية .

فرع : المدبر المشترك ، إذا أعتق أحدُهما نصيبه ، هل يسري إلى الآخر ؟ فيه قولان :

أقيسهما : أنه يسري .

والثاني : لا ؛ لأن الثاني استحق العتاقة من نفسه .

وهذا يُضاهِي قولَنا : إذا أصدقها عبدًا فدبرتْه ، لم ينشطر بالطلاق ؛ كيلا يبطل غرضها من التدبير .

فإن قلنا : لا يسري ، فرجع عن التدبير ، فهل يَسْري الآن ؟ وجهان ، وَجْهُ قولنا : لا يسري ، أنه لم يَسْرِ في الحال ؛ فلا يَسْري بعده ؛ كما لو ظن اليسار . فإن قلنا : يسري . فيسري في الوقت ؟ أو تتبين السراية من الأصل ؟ فيه وجهانِ

أحدهما : نعم ، كما يسري إليه البَيْعُ (٢) .

---

(١) قال النووي (رحمه الله) : « الأظهر عند الأكثرين أنه لا يتبعها » . انظر الروضة (١٢ / ٢٠٣) .

(٢) والمذهب أنه مدبر . انظر الروضة (١٢ / ٢٠٥) .

والثاني : لا ؛ لأنه أدرج في البيع ، لأنّ استثناءه يُبْطل البيعَ .

فرعٌ : لو دبَّر الحملَ دون الأم صحَّ ، واقتصر عليه . فلو باعِ الأمَّ ونوى الرجوع ، صحَّ البيعُ ودخل فيه الجنينُ . وإنْ لم يَنْوِ الرجوع فكأنه استثنى الحمل .

الثالثة : لو تنازعا ، فقالت :ولدتُ بعد التدبير ؛ فتبعني - على قول السراية - وقال السيد : بل قبله ، فالقولُ قولُ السيد ؛ لأن الأصلَ بقاءُ ملكه .

وعلى قولنا : لا يَسْري ، لو نازعت الوارثَ ، وقالت : ولدتُّ بعد الموت ؛ فهو حر . وقال الوارث : بل قبله ، فالقولُ قول الوارث .

ولو كان في يد المدبر مالٌ ، فقال الوارث : هو من كسبك قبل الموت . وقال : بل بعده ، فالقولُ قول المدبَّر ؛ لأنّ الملك في يده بخلاف الولد ، فإنه لا يَدَ لها عليه وهي تدعي حُرّيتَه .

* * *

كتاب الكتابة (١)

(١) الكتابة : اسم مصدر بمعنى « المكاتبة » . وهو في الاصطلاح الشرعى : عقد بين الرقيق ومالكه على مال يؤديه الرقيق لمالكه على أقساط ، فإذا أداها فهو حر . وفى المطلع على أبواب المقنع : « المكاتبة : لفظة وُضعت لعتق على مال منجّم إلى أوقات معلومة يحل كل نجم لوقته المعلوم . وأصلها من الكتْب : وهو الجمع ؛ لأنها تجمع نجومًا – يعني أقساطا – . انظر : المطلع ص (٣١٦). معجم لغة الفقهاء ص (٣٧٧) .

اعلم أنّ الكتابة عبارة عن « الجَمْع » . ولذلك سُمّي اجتماعُ الحروف كتابةً ، واجتماعُ العسكر : كتيبةً ، واجتماعُ النجوم(1) في هذا العقد : كتابةً (2) . وهذا عقد مندوب إليه ، وهو مشتملٌ على أمور غريبة كمقابلة الملك بالملك - أعني الكسبَ والرقبةَ - وكلاهما ملك للسيد ، وإثبات الملك للملوك ؛ لأنَّ المكاتب عبدٌ ويملك فكأنه إثبات رتبة بين الرقّ والحرية ؛ إذ المكاتبُ يستقلّ من وجهٍ دون وجه . لكن المصلحة تدعو إليه ؛ إذ السيدُ قد لا يسمح بالعتق مجانًا ، والعبد يتشمَّر للكسب إذا علق به عتقه ؛ فاحتُمِل لتحصيل مقصوده ما يليق به عتقه وإنْ خالف قياسَ سائر العقود ، كما احْتُمِلت الجهالةُ في عمل الجعالة وربح القراض وغيره .

وإنما يُستحبّ إذا جمع العبدُ القوة والأمانة . فإنْ لم يكن أمينًا فمعاملتُه لا تُفضي إلى العتق غالبًا فلا يستحبُّ تنجيز الحيلولة لأجله لا كالعتق ، فإنه يستحبّ بكل حال ؛ لأنه تنجيز خلاص . وإن كان أمينًا غير كسوب ، ففي الاستحباب وجهان (3) ، وظاهرُ الكتاب لم يشترط إلّا الأمانة ؛ إذ قال تعالى : ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾(4) . وحكى صاحبُ « التقريب »

---

(1) قال في المصباح المنير (٢/٩١٧) : « النجم : الكوكب . والجمع : أنجم ونجوم . مثل فَلْس وأَفلس وفُلُوس . وكانت العرب تؤقت بطلوع النجوم ؛ لأنهم ما كانوا يعرفون الحساب ، وإنما يحفظون أوقات السنة بالأنواء ، وكانوا يسمون الوقت الذى يَحِلُّ فيه الأداء : نجمًا ، تجوُّزًا ؛ لأن الأداء لا يُعرف إلا بالنجم ، . . واشتقوا منه ، فقالوا : نَجَّمْتُ الدَّيْن - بالتثقيل - إذا جعلته نجومًا » .

(2) قال ابن الصلاح : « قال : (الكتابة عبارة عن الجمع ، ولذلك سُمِّي اجتماعُ الحروف كتابةً ، واجتماعُ العسكر كتيبةً ، واجتماعُ النجوم فى هذا العقد ، كتابةً) العبارة غير مرضية ؛ إذ ليست الكتيبة عبارة عن اجتماع العسكر ، وإنما هي عندهم عبارة عن قطعة من العسكر مجتمعة . والصواب أيضًا أن يقال : (جَمْع الحروف وجَمْع النجوم) لا اجتماع ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٣/ب) .

(3) والأصح حينئذ أنه لا تستحب الكتابة . انظر الروضة (١٢/٢٠٩) .

(4) من الآية (٣٣) فى سورة (النور) . وقال ابن الصلاح : « قوله في استحباب الكتابة : (وظاهر الكتاب لم يشترط إلا الأمانة ؛ إذ قال تعالى : ﴿ فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرًا ﴾ هذا خلاف الظاهر ، وخلاف نص الشافعي (رضي الله عنه) . ومذهبه في هذا « الخير » فإنه قال فيه : وأظهر معاني « الخير » فى العبد : الاكتساب مع الأمانة ، وحُكي ذلك عن أبي حنيفة ومالك وغيرهما . وحُكي عن ابن عباس وابن عمر وغيرهما أن « الخير » فيها هو : الاكتساب خاصة . وحُكي عن الحسن البصريّ وسفيان الثوري أنهما قالا : هو الأمانة والدين خاصة . ومذهبُ الشافعي فيه هو الأقوى . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٤/أ) .

قولًا بعيدًا : أن الكتابة واجبةٌ . ولا وَجْه له وإنْ ذهب إليه داود ؛ لأنه إبطالُ سلطنةِ الملك ، فَحمْلُ الأمرِ على الاستحباب أولى .

ثم النظرُ يتعلَّق بأركان الكتَابة ، وأحكامها . أما الأركان فهي أربعة : الصيغة ، والعوض والعاقدان / . ٣١٣/أ

الركن الأول : الصيغة . وهو أن يقول مثلًا : كاتبتُك على ألف تؤدّيه في نَجْمين ، فإذا أدَّيْتَه فأنت حرّ . فيقول العبد : قبلتُ . فإن لم يُصرِّح بتعليق الحرية ، ولكنْ نواه بلفظ « الكتابة » كفى . وفيه قول مُخرَّج : أن لفظ « الكتابة » صريح كالتدبير . وهو ضعيف ، بل الصحيح الفرقُ .

ثم وإنْ صرَّحَ بالتعليق ، فالعتق يحصل بالإبراء والاعتياض تغليبًا لحكم المعاوضة ، لكنْ في صحيح الكتابة[1] . أما في فاسدِها فيُغلّب حكم التعليق . ولو اقتصر [2] على قوله : أنت حر على ألفٍ ، فَقَبِلَ : عتق في الحال ، وكان الألف في ذمته ، وهو نظير الخلع ، وقد ذكرنا أحكامَه .

ولو باع العبد من نفسه : صَحَّ ، والولاءُ للسيد . وكأنه إعتاقٌ على مالٍ ليس فيه حقيقة البيع . وخَرَّج الربيعُ قولًا : أنه لا يصحّ ؛ إذ هو تمليكٌ ، وكيف يملك العبدُ نفسَه ؟ وفيه وجه : أنه لا يصحُّ ، ولا ولاءَ للسيد ، بل عتق على نفسه كما لو اشترى قريبَه .

أما إذا قال : إنْ أعطيْتَني ألفًا ، فأنت حُرّ ، فلا يمكنه أنْ يُعطيه من ملكه ؛ إذ لا مِلْكَ له ، فيكون كما لو قال لزوجته : إنْ أعطيْتِني ألفًا فأنتِ طالق ، فأتتْ بألف مغصوبةٍ ، ففي وقوع الطلاق خلافٌ ، وكذلك في العتق .

---

(١) قال ابن الصلاح : قوله : (العتق يحصل بالإبراء والاعتياض) هذا إخبار منه لجواز الاستبدال عن نجوم الكتابة ، وهو اعتياض يجري بين السيد والعبد ، وفيه وجهان على القول الصحيح بأن بيع « النجوم » من الغير باطل . والفرق أن الاستبدال طريق في الأداء ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٤/أ) .

(٢) يعني الكتابة الصحيحة .

الركن الثاني : العوض ، وشرطُه : أن يكون دَيْنًا ، مؤجلًا ، منجمًا ، معلومَ القدر والأجل والنجم [1] ، فهذه أربعة شروط :

الأول : كونُه دينًا ؛ إذ لو كان عَيْناً ، لكان ملكَ الغير ؛ فيفسد العتق . ثم لا يخفى أنَّ الدَّين ينبغي أن يكون معلومًا كما في السَّلَم والإجارة .

الثاني : الأجل . فلا تصح الكتابة الحالَّة عندنا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) لعلّتين :

إحداهما : اتّباعُ السلف .

والأخرى : أنَّ العبد عقيب العقد عاجزٌ ، فكيف يجوز له لزومُ ما لا يقدر عليه ، إذ لو كان على ملّاحة ، وكاتبه على ملح فلابد من لحظة لأخذ الملح حتى يملك ، ولابد من لحظة لقبول الهبة إن قدر ذلك ، نعم يرد عليه أربعُ مسائل لا تخلو واحدةٌ عن خلاف :

(إحداها) : مَنْ نصفُه حرٌّ ، ونصفهُ عبدٌ ، قد يملك مالا ، ففي الكتابة الحالَّة منه فيه وجهان ؛ لتعارض معنى الاتباع والعجز .

(الثانية) : إذا كاتبه على مالٍ عظيم ونَجَّمَه بلحظتين ، فيه أيضًا وجهان [2] .

(الثالثة) : البيع من المفلس صحيح ؛ لأنه يقدر بالمبيع . وإن زاد الثمن على قيمة المبيع فلا يبعد وجود زبون يشتري المبيعَ منه ، ومع ذلك فقد ذُكِرَ وجهٌ أنه لايصحُّ العقد .

(الرابعة) : إذاأسلم إلى مكاتب عقيب العقد ، فيه وجهان . وجهُ التجويز أنه يملك رأسَ المال .

الشرط الثالث : التنجيم بنجمين فصاعدًا ؛ إذْ سببُ اشتراطه الاتباعُ المحض ؛ فما كاتَبَ أحدٌ من السلف على نجم واحد . ثم نصّ الشافعي (رضي الله عنه) على أنه لو كاتبه على

---

(١) النجم : القسط .

(٢) والأصح أنه تجوز الكتابة . انظر الروضة (٢١٢/١٢) .

خدمةِ شهرٍ ودينارٍ بعده : جاز [1] ؛ إذ حصل التنجيمُ ، لكن النجم الأول حالّ ؛ إذ يتنجّز استحقاق المنافع عقيب العقد . وإنما التأخير للتوفية ، ولذلك قال الأصحاب : ليس يُشْترط أن يكون الدينار بعده ، بل لو كان بعد العقد بيوم : جاز ، وقال أبو إسحاق المروزي (رحمه الله) : لا يجوز ، كأنه تخيل الخدمة مؤجلًا . ولاشك أنه لو لم يؤجل الدينار لم يَجُز ؛ إذ يكون جميع العوض حالًّا .

ولو كاتب على خدمة شهرين وجعل كل نجم شهرًا : لم يجز ؛ لأن الكل يتنجز استحقاقه بالعقد . فإنْ صرَّح بإضافة الاستحقاق إلى الشهر القابل خُرِّج على مثل هذه الإجارة في الشهر القابل ، وفيه وجهان .

أمّا إذا أعتق عبده على أن يخدمه شهرًا : عتق في الحال ، ويجب الوفاءُ . فإن تعذّر ، فيرجع السيدُ إلى قيمة الأجرة أو قيمة الرقبة ؟ قولان كما في بدل الصداق والخلع .

الشرط الرابع : الإعلام . وذلك قد ذكرناه في البيع . ومعنى إعلام النجم أن يميز المحلّ [2] لكلّ نجم ومقدارَه ، فلو كاتب على مائة يؤديه في عشر سنين ، لم يَجُزْ حتى يُبين قدرَ كلِّ نجم ومحلَّه . ولا يُشْترط تساوِي النجوم ، ولا تساوي المدة . وقد تنشأ الجهالةُ من تفريق الصفقة ؛ فَلْنذكر مسألتين :

إحداهما : لو كاتبه بشرط أنْ يبيعه شيئًا فهو فاسدٌ ؛ لأنه شَرَط عقدًا في عقدٍ . أما إذا باعه شيئًا وكاتبه على عوض واحد منجم فَسَدَ البيعُ ؛ لأن إيجابه يسبق على قبول الكتابة ، وهو ليس أهلًا للشراء قبله ؛ إذ صيغتُه أنْ يقول : بعتُك هذا الثوبَ ، وكاتبتُكَ بألف إلى نجمين ؛ فيتقدّم الإيجابُ على القبول . وفيه قول مخرج : أنه يصحّ ؛ أَخْذًا من نصّ الشافعي (رضي الله عنه) على أنه لو قال : اشتريتُ عبدك بألف ورهنت بالألف دارًا ، فأجابَ إليهما : صَحّ الرهنُ مع تقدّم إيجابه على لزوم الدَّين . إلا أن الرهن من مصالح البيع فلا يَبْعُد مَزْجه به ، وذلك في الكتابة يبعد .

فإنْ أفسدْنا البيعَ ، ففي صحة الكتابة / قولا تفريق الصفقة . وإنْ صححنا البيعَ ، فَيُخَرّج على قولي الجمع بين صفقتين مختلفتين ، ولا يجري ذلك في الرهن والبيع ؛ لأن الرهن تابعٌ للبيع ومؤكِّده. ٣١٣/ب

---

(١) انظر ذلك في مختصر المزنيّ ص (٣٢٤) . (٢) أي المدة التي يؤدي فيها القسط .

الثانية : لو كاتب ثلاثة أعْبُدٍ على ألف في صفقة واحدة ولم يُمَيِّزْ نجومَ كلِّ واحدٍ ، فالنصُّ صحة الكتابة [(١)] ، والنص في شراء ثلاثة أعبدٍ من ثلاثة ملاك بعوضٍ واحد : الفساد ، والنصُّ في خُلْعِ نسوةٍ ، أو نكاحِهن بعوضٍ واحد : أنه على قولين ؛ فمن الأصحاب مَنْ طرد القولين في الكل ، وهو الأصح ؛ لأنّ [(٢)] العوضَ معلومُ الجملة لكنْ [(٣)] مجهولُ التفصيلِ . ومنهم مَنْ قال : العبيدُ في الكتابة يجمعهم مالكٌ واحدٌ ، والعوضُ فيه غيرُ مقصودٍ ؛ فكأنه [(٤)] كعقدٍ واحدٍ ،وغرضُ الشراء مقصودٌ فيخالفه . والخلعُ والنكاحُ : على رتبة بين الرتبتين ؛ ففيه قولان . وهذا ضعيفٌ ، ولأنّ جملة هذه الأعواض تَفْسد بالجهالة وإن كانت العقودُ لاتبطل .

ثم إنْ صححنا ، فالقولُ الصحيح [(٥)] أنه يُوزَّع الألفُ على قدر قِيَمِ العبيد لا على عدد الرءوس . وفيه قول : أنه يوزَّع على عدد الروءس . ثم إن اعتقدنا التوزيعَ على العدد ، فتنتفي الجهالةُ ؛ فيصح لامحالة .

ثم كيف كان ، فإذا أدّى كلُّ عبدٍ نصيبَه : عَتَقَ ولم يَقِفْ على أداء رفيقه ، ولا يُنْظر إلى التعليق على أداء الجميع . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يعتق واحدٌ مالم يؤدّ الجميعُ ؛ نظرًا إلى التعليق .

الركن الثالث : السيد المكاتب . وشرطُه [(٦)] أنْ يكون مالكًا ، مكلفًا ، أهلا للتبرّع ، غَيْرَ دافعٍ بالكتابة حقًّا لازمًا .

أما شرطُ الملكِ والتكليفِ فلا يخفى ؛ فلا يصحّ كتابةُ الصبيِّ والمجنونِ وغيرِ المالك .

أما أهلية التبرع ، فيخرج عليه مَنْعُ وَليِّ الطفل من كتابة عبده [(٧)] ولو بأضعاف ثمنه ، فإنه ممنوعٌ ؛ لأنّ ما يَكْسِبه يكون [(٨)] ملكًا للطفل . وكذا المريض تُحْسب كتابتُه من الثلث .

---

(١) انظر مختصر المزنيّ ص (٣٢٤) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فإنّ » .

(٣) كلمة : « لكنْ » ليست في (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فكان » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فالقول الصريح » .

(٦) في الأصل : « فشرطه » والمثبت (أ) ، (ب) .

(٧) في الأصل : « عبيد » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « كان » .

ولو كاتب في الصحة ، ووضَع النجومَ عنه فى المرض ، أو أعتقه ، اعتبرنا خروجَ الأقلّ من الثلث : فإن كانت الرقبة أقلَّ ، اعتبرنا خروجَها ؛ لأنه لو عجز لم يكن للورثة إلا الرقبة . وإن كان [(١)] النجوم أقلّ ، فكذلك . وكذا لو أوصىَ بإعتاقه أو بوضْعِ النجوم عنه .

ولو كاتَبَ في الصحة [(٢)] وأقرَّ في المرض بأنه كان قبض النجومَ : صَحَّ إقرارُه ؛ لأنه حجةٌ .

وأما قولُنا : لا يَرْفَع بها حقًّا لازمًا ، [(٣)] فيخرج عليه كتابةُ المرهون [(٣)] ، فإنه لا يصح . وكتابةُ الكافر لعبده المسلمِ بعد أن توجّه عليه الأمْرُ بالبيع ، في صحته وجهان :

أحدهما : المنع ؛ إذِ البيعُ لازمٌ عليه .

والثاني : الجوازُ ؛ نظرًا إلى العبد ، فذلك أصْلح له ثُمّ إنْ عجز بِعْنَاه .

ولو كاتب ثم أسلم – وقلنا : لا يصحّ استبراؤه – ففي دوامِه وجهان ؛ لقوة الدوام . ولو دَبَّر ثم أسلم ، فَيُبَاع عليه ؟ أم تُضرب الحيلولة ؟ فيه خلافٌ أيضًا .

أما المرتدّ فكتابته بعد الحَجْر وقبله تُخَرَّج على أقوال الملك في [(٤)] تصرُّف المحجور .

وأمّا الحربيّ فتصحُّ كتابتُه للعبد الكافر ، لكنْ لا يظهر أثرُه ؛ فإنه لو قهره بعد أداء النجوم : ملكه ، فكيف قبله ؟ لكن لو أدى النجومَ ، ثم أسلما قبل القهر : فلا رقَّ عليه . وإن كان بعضُ النجوم خمرًا ، وقد بقي منه شيءٌ ، وقبض الباقي بعد الإسلام : عتق ، لكنْ يرجع السيدُ على العبد بقيمته كلّها ، ولا تُوَزَّع على ما بقي وعلى ما قبض . وقد ذكرنا نظيرَ ذلك في الخلع فلا نعيده .

الركن الرابع : العبد القابل ، وله شرطان :

الأول : كونُه مكلفًا ، فلا يصح كتابةُ الصغير المميِّز ، نعم إنْ علق صريحًا على الأداء عتق ، لكنْ لا يرجع السيدُ بقيمته ، بخلاف الكتابة الفاسدة ؛ لأنّ هذه [الكتابة] [(٥)] باطلة .[(٦)]

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وإن كانت » .

(٢) يعني الكتابة .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وما يخرج عليه : كتابةُ المرهون » .

(٤) فى (أ) ، (ب) : « وفي » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) قال الحموي : « قوله : (الركن الرابع : العبد القابل ، وله شرطان : الأول : كونه مكلفًا ، فلا تصح كتابة الصغير =

الشرط الثاني[١] : أن يورد الكتابة على كله ؛ ليستفيدَ عقيبها استقلالًا . فلو كاتب نصفَ عبدِه ، فالمذهبُ أنّ الكتابة فاسدةٌ . ولو كاتب النصف الرقيق مِمَّنْ نصفُه حُرٌّ : صحتْ ؛ لحصولِ الاستقلال . ولو كاتب أحدُ الشريكين دون إذن صاحبه ، فالمذهبُ : أنها فاسدةٌ . وإن كان بإذنه ففيه قولان . والأظهرُ : فسادُه ؛ لأنه لا يستفيد الاستقلال بالمسافرة ، وأخْذُ الزكاة والصدقةِ لا تُصْرَف إلى مَنْ نصفُه رقيقٌ ونصفُه حُرّ ، فأيّ فائدةٍ للإذن ؟ ومن أصحابنا مَنْ قال : [فيه قولان][٢] . أما المسافرة ، فقد نقول : لا يستقلُّ بها المكاتَبُ كلُّه[٣] . وأما الصدقةُ ، فيجوز صرفُها إليه على رأْيٍ ، فَمِنْ هاهنا خرَّجوا طَرْدَ القولين / فيما لو كاتب بغير إذنه أيضًا . وخرجوا قولًا فيما لو كاتَبَ نصفَ عبدِ نفسِه . ٣١٤/أ

ولا خلاف أنهما لو كاتبا على مالٍ واحد : صحَّ ، وانقسمت النجومُ على قدر الحصتين . فلو شَرَطَا تفاوُتًا على قدر الحصص ، فقد انفرد كلُّ عقدٍ عن صاحبه ، فيخرَّج على القولين[٤] في كتابة أحدِهما بإذن شريكه .

فرع : لو كاتباه ثم عَجَّزه[٥] أحدُهما ، وأراد الثاني إنظاره وإبقاءَ الكتابة في نصفه ، ففيه

= المميز ، نعم إن علَّق صريحًا على الأداء عتق ، لكن لا يرجع السيدُ بقيمته ، بخلاف الكتابة الفاسدة ؛ لأن هذه كتابة باطلة) .

قلت : فرَّق الشيخ بين الكتابة الفاسدة والباطلة ، وعند الشافعي لا فرق بينهما ، خلافًا لأبي حنيفة ، فإنه فرق بين الباطل والفاسد ، فجعل الفاسدَ كالصحيح ، والباطلَ لا ينعقد أصلًا في جميع الأحكام ؛ لتطرُّقِ الخلل إلى جميع أركانه ، وإذا كان كذلك كان مستعمِلًا هنا مذهبَ أبي حنيفة ، وإنه غير مستحسن كما لا يخفى .

قلت : قد ذكرنا مثل هذا في باب « العارية » وامتناعه وقلنا : لما كان الفاسدُ هاهنا يغاير حكمَ الباطل الذي ذكره أحبَّ أن يغاير بين عبارتهما تبعًا للمعنى ، ولم يجد في مذهبه عبارةً مختصرة تقوم مقامها ، استعار ما استعمله أبو حنيفة ليفرق بين المعنيين ، فاستعمل لفظة الفاسد فيما هو في معنى الصحيح ، والباطل فيما لم ينعقد أصلًا ؛ ليطابق المعنى المختص به ، وإنما كان كذلك للضرورة وبه خرج الجواب » . إشكالات الوسيط (ق ٢٠٤ / ب ، ٢٠٥ / أ) .

(١) في (ب) : « الثاني » .　　(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) كلمة (كلّه) تعرب نائب فاعل لاسم المفعول (المكاتَب) .

(٤) في الأصل : « قولين » والمثبت في (أ) ، (ب) .

(٥) في الأصل : « عجّز » والمثبت من (أ) ، (ب) . وعجزه : إذا أوقعه في العجز . وتعجيز المكاتب : إعلامه بعدم =

ثلاثةُ طرق :

أحدها : القطع بالمنع ؛ إذْ يريد إبقاءَ الكتابة بغير رضاء صاحبه .

والثاني : تخريجُه على قولين ؛ إذ الشريكُ لمَّا وافق في ابتداء العقد ، فقد رضي (١ بلوازم وتوابع ١) وهذا منها .

والثالث : القطعُ بالجواز ؛ لأنّ الدوامَ يَحْتمل ما لا يَحتمله الابتداءُ (٢) .

= قدرته على دفع بدل الكتابة . والمقصود بهذه المسألة : أن يكاتبه سيداه معًا ، فيعجز العبدُ عن أداء ما عليه من النجوم ، فيفسخ أحد السيدين عقد الكتابة معه ، ويريد السيد الآخر إبقاء الكتابة ، فالمذهب أنه لا يجوز الإبقاء على الكتابة بغير إذن الشريك . فإنْ أَذِن ، فالأظهرُ أنه لا يجوز أيضًا . ورجح الغزاليُّ - في الوجيز - الجوازَ ؛ لقوة الدوام ، ولأنه يحتمل ما لا يحتمله الابتداء ، وكذلك البيضاويُّ في الغاية . انظر : الوجيز (٢/٢٨٥) . المنهاج ص (١٦٠) . الروضة (١٢/٢٣٠) . الغاية القصوى (٢/١٠٤٧) . معجم لغة الفقهاء ص (١٣٥) .

(١) في (أ) ، (ب) : « بلوازمها وتوابعها » والضمير يرجع إلى « الكتابة » .

(٢) قال الحموي : « قوله فيه أيضًا : (فرع : لو كاتباه ثم عجز أحدهما ، وأراد الثاني إنظاره وإبقاء المكاتبة في نصفه ، ففيه ثلاثة طرق : أحدها : تخريجها على القولين ؛ إذ يريد إبقاء الكتابة بغير رضا صاحبه . الثاني : القطع بالمنع ؛ إذ الشريك لما وافق في ابتداء الكتابه ، فقد رضي بلوازمه وتوابعه ، وهذا منها . الثالث : القطع بالجواز ؛ لأن الدوام يحتمل ما لا يحتمله الابتداء) .

قلت : ما ذكره الشيخ في « الوسيط » يخالف ما ذكره في « البسيط » فإن الشيخ جعل التعليل الذي ذكره في تعليل الطريق الأول من « الوسيط » على التخريج هو تعليلُ المنع في الطريق الثاني في « البسيط » على التخريج . فقال في « البسيط » : (لأن ذلك يؤدي إلى أن يبقى نصفُ العبد مكاتبًا بغير رضا الشريك ، والنصُّ : إبطالُ ذلك في الدوام) وما ذكره في « الوسيط » في الثاني .، قوله : (القطع بالمنع ؛ إذ الشريك لما وافق في ابتداء الكتابة فقد رَضِيَ بلوازمه وتوابعه ، وهذا منها) .

قلت : هذا التعليل هو تعليل التخريج في «النهاية » و « البسيط » لا على وجه المنع ، ووقع التعليل ؛ لأن رِضَا الشريك بالعقد رِضًا بلوازم العقد وما يفضي إليه ، وما ذكره في الثالث من القطع بالجواز ، هو كما في « الوسيط » وإذا كان كذلك كان ما ذكره في « الوسيط » من التعليل مخالفًا « للبسيط » و « النهاية » على ما ذكرناه .

قلت : أمكن أن يجاب عنه بأن يقال : ما ذكره في تخريج التعليل في « الوسيط » صالحًا أيضًا لعِلَّةِ المنع في الثالث ؛ نظرًا إلى المعنى وإن كان بعيدًا ، أو ما ذكره في الثاني في « البسيط » يصلح أن يكون تعليلًا للتخريج في « الوسيط » لتفاوتهما في المعنى كما لا يخفى ، وإذا كان كذلك فلا منافاة بينهما » . إشكالات الوسيط (ق ٢٠٥/أ، ٢٠٥ / ب) .

ولو كاتب واحدٌ عبدًا ، ثم مات وخلف ابنين ، وعَجَّزه أحدُهما ففي إنظار [1] الآخرِ هذه الطرقُ ، وأولى بامتناع التبعيض ؛ لأنَّ العقدَ ابتداءً وُجِدَ من واحد .

هذا ما يصحّ من الكتابة . ثم ما لا يصحُّ ينقسم إلى : باطل ، وفاسد . والباطلُ لا حُكْمَ له إلّا موجب التعليق إن كان قد صرَّح به . والفاسدُ له حكمٌ . ومَهْما تطرَّق الخَلَلُ إلى أصلِ الأركان الأربعة فباطلٌ ، كما لو كان السيدُ صغيرًا ، أو مجنونًا ، أو مُكْرَهًا . والقابلُ كذلك . أو صدر من وليِّ الطفل ، ومَنْ ليس بمالكٍ ، أو عُدِم أصلُ العوض ، أو شَرَط شيئًا[2] لا تُقْصد مَاليّتُه كالحشرات ، أو اختلَّت الصيغُ بأنْ لم تنتظم ، أو فُقِدَ الإيجابُ أو القبولُ ، أو صَدَرَ من غير أهله . نعم ، اختلفوا في مسألتين :

إحداهما : أنّ العبد لو كان مجنونًا ، نقل الربيعُ أنه عتق بالأداء ، ورجع السيدُ بالقيمة - والرجوعُ من حكم الفاسد - فكأنَّه [3] جعل قبولَ المجنون فاسدًا . وقد نقل المزني (رحمه الله) ضِدَّه ، وهو الصحيح ؛ فإنّ قبولَ المجنون والصبيّ كَلَا قبولٍ ، فهو كالمعدوم .

الثانية : لو تَرَك لفظ « الكتابة » واقتصر على قوله : إنْ أعطيتني ألفًا ، فأنت حُرّ ، فقد ذكرنا خلافًا في أنه لو أعطى ، هل يُعْتق ؛ لأن ما يُعطيه في حكم المغصوب ؟ فإنْ قلنا : يعتق ، فهل يرجع السيدُ عليه بقيمة الرقبة ؟ فيه وجهان . والظاهر أنه لا يرجع .

فإنْ قلنا : يرجع ، فهل يستتبع الكسبَ والولد ؟ فيه خلافٌ ، والظاهر : أنه لا يستتبع . ومَنْ رأى الرجوعَ والاستتباعَ ، فقد ألحقه بالفاسد ، فقد حصل من هذا : أن الفاسد ما امتنع صحتُه بشرط فاسد ، أو لفوات شرطٍ في العوض - كالإعلام - أو في العبد ، ككتابة نصفه أو كترك الأجَل والنجوم .

فإن قيل : فما حكم الفاسد ؟ قلنا : الفاسدُ يساوي الصحيحَ في ثلاثة أحكام ، ويُفَارقه في

---

(١) في (أ) ، (ب) : « في إبطال » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أو شُرِط شيء » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وكأنه » .

حكمين : يُساويه في العتق عند أداء ما علق عليه ، وذلك بحكم التعليق حتى لا يحصل بالإبراء والاعتياض ، فيغلب التعليق على الفاسد . ويُساويه في استتباع الكسْب والولد - أعني ولدَه من جاريته - ؛ لأنه في حكمِ كسْبه .

أما ولدُ المكاتبة ، ففي سراية الكتابة الفاسدة إليه قولان كالقولين في سراية التدبير وتعليق العتق . ومنهم مَنْ قطع بأنه يتبعه ويسري إليه [1] .

ويُساويه أيضًا في استقلال العبد عقيبه بالاكتساب . ويَنبني عليه سقوطُ نفقتِه عن مولاه ، وجوازُ معاملته إياه .

واختلفوافيما يتعلَّق باستقلاله في شيئين :

أحدهما : في مسافرته ، وفيه وجهان إنْ رأينا أنّ المكاتب - كتابتُه صحيحةٌ - يُسافر . وكذلك في صَرْفِ الزكاة إليه وجهان . وجْهُ المنع : أنَّ الكتابة غيرُ لازمة من جهة السيد ، فلا يُوثق بانصرافه إلى العتق .

أما ما يفترق فيه فأمران :

أحدهما : أن ما يقبضه ويحصل العتق به ، يجب ردّه ، والرجوعُ إلى قيمة الرقبة كما في الخلع الفاسد .

والثاني : أنها لا تلزم من جهة السيد ، بل له أنْ يفسخ . ومهما فسخ - أو قضى القاضي بردّها - انفسخ حتى لا يعتق بأداء النجوم ، ويرتفع التعليقُ أيضًا ؛ لأن معنى قوله : إن أدَّيتَ إليَّ في ضمن معاوضةٍ فأنت حرٌّ ، والفسخُ يرفع المعاوضة .

ثم يُبتَنى على هذا - أعني على عدم لزومه - لو مات السيد ، فأدّى إلى الوارث ، لم يعتق ؛ لأنه ليس هو القائل : إن أدَّيْتَ إليّ فأنت حُرّ . والتعليقُ غالبٌ على الفاسد . ويتفرّع منه أنه لو

---

(١) وهو المذهب . انظر الروضة (١٢/٢٣٣) .

أعتقه عن كفارته : صَحَّ ، ويكون كأنه فسخ الكتابة ، ولا يستتبع الكسب والولد، بخلاف / ما ٣١٤/ب
لو أعتق المكاتب كتابةً صحيحةً ، فإنه يقع عن الكتابة ولا يَبْرأ عن الكفارة ، ويتبعه الكسبُ والولد .

ولم تخالف الكتابة الفاسدة قياس الشافعي (رضي الله عنه) إلا في شيء واحد [1] ، وهو إثبات الاستقلال في الاكتساب وحصولُ العتق بالأداء تشوُّفًا إليه ، فوجب السَّعْيُ في تحصيل العتق ، فلا يمكن إلّا بإثبات الاستقلال بالكسب ، فأصْلُ الكسب يُسَلّم له مهما استقلّ ، وينبني عليه سقوطُ نفقته وصحة معاملته .

أما إلزامُه من جهة السيد ، وتصحيحُ المسمَّى - حتى لا يرجع إلى القيمة - فلا ضرورةَ فيه ؛ فأُجْرِيَ على القياس .

* * *

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولم تخالف الكتابة الفاسدة قياس الشافعي إلا فى شيء واحد ، وهو إثبات الاستقلال بالاكتساب ، وحصول العتق بالأداء) كان ينبغي أن يقال : (إلا في شيئين) والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ق ٢٠٥/أ) .

النظر الثاني

في أحكام الكتابة

وحكمُها : العتقُ عند براءة الذمة بأداء [1] ، أو إبراءٍ ، أو اعتياضٍ ، واستقلالُ العبد بالاكتساب عقيب العقد . ويتفرّع عنه تبعيّةُ الكسب والولد ، ووجوبُ الأرش والمهر على السيد عند الوطء والجناية [2] . والكتابةُ تقتضي نفوذ تصرفات المكاتب بما لا ينزع فيه ، وامتناع تصرف السيد في رقبته ، ومجموعُ هذه التفاصيل ترجع إلى خمسة أحكام :

الحكم الأول : فيما لا يحصل به العتقُ . وفيه مسائل :

الأولى : إذا أبرأ عن بعض النجوم ، أو قبض بعضه : لم يعتقْ منه شيءٌ ، بل هو عَبْدٌ ما بقي عليه درهمٌ . وقال عليّ (رضي الله عنه) : يعتق بكلِّ جزء من النجوم ، جزءٌ من رقبته . وأما الإبراءُ في الكتابة الفاسدة فلا توجب العتق .

الثانية : إذا جُنّ السيدُ ، فقبض النجوم : لم يعتق ؛ لأنّ قبضَه فاسدٌ حتى يقبض وليُّه . وللمكاتب استردادُه . وإن تلف فلا ضمانَ ؛ لأنه المضيِّعُ بتسليمه إليه . ولو جُنَّ المكاتب فقبض السيدُ منه : عتق ؛ لأن فِعْل العبد ليس بشرط ، بل إذا تعذّر فعْلهُ ، فللسيد أخْذُه [3] . هكذا أطلقه الأصحابُ ، وفيه نظر ؛ إذ لا يبعد لزومُ رفعه إلى القاضي حتى يوفّيَ النجومَ إنْ رأى المصلحة .

أما استقلال السيد[4] فمشكِلٌ عند إمكان مراجعة القاضي .

أما الكتابة الفاسدة ، فظاهرُ النصِّ أنها [5] تنفسخ بجنون السيد كما تنفسخ بموته ، ولا تنفسخ بجنون العبد ؛ فاختلفوا في النصين . وحاصلُ ما ذُكِرَ - نقْلًا وتخريجًا - ثلاثةُ أوجه :

---

(١) يعني بأداء النجوم التي لزمته .

(٢) كلمة « الجناية » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٣) يعني فللسيد أن يأخذ حقَّه من النجوم .

(٤) في (أ) ، (ب) : « العبد » . وقوله : (أما استقلال السيد فمشكل . . » يعني استقلاله بأخذ ما وجب له من الحق على العبد .

(٥) في (أ) ، (ب) : « أنه » .

أحدها : وهو الأقيس ، أنه لا تنفسخ ؛ لأنه – وإن كان جائزًا – فمصيرُه إلى اللزوم ، كالبيع في زمان الخيار .

والثاني : أنه ينفسخ لضعف الفساد (١) .

الثالث : أنه ينفسخ بجنون المولى دون العبد ، فإن الكتابة أبدًا جائزةٌ من جانب العبد ، فلم يؤثر الفساد في جانبه .

ولا خلاف أن موت العبد يُوجب فَسْخَ الكتابة الصحيحة أيضًا (٢) . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : إن خلف وفاءً ، فللوارثِ أداءُ نجومِهِ وأخْذُ الفاضلِ بالوراثة (٣) .

[فإن قلنا : لا تنفسخ بجنون العبد ، فأفاق وأدَّى : عتق] (٤) وإن قلنا : تنفسخ(٥ بجنون العبد . فأفاق وأدى ٥) فهل يحصل العتق بمجرد التعليق ؟ فيه وجهان . والأظهر أنه لا يحصل كما لو فسخ السيد ؛ لأن هذا تعليق في ضمن معاوضة .

والثالثة : إذا كاتبا عبدًا ، ثم أعتق أحدُهما نصيبَه : نفذ ، وسرى إلى نصيب شريكه إن كان موسرًا ، لكن يَسْري في الحال ؟ أو يتأخر إلى أن يعجز المكاتب ؟ فيه قولان :

أحدهما : التأخير إلى أن يعجز ؛ إذ السيدُ قد نصب سبب العتق لنفسه بالكتابة ، فكيف يجوز إبطالُه ؟ .

والثاني : أنه يسري في الحال ، ويقدر انتقالُه إلى المعتق من غير انفساخٍ في الكتابة ، بل يعتق عن جهة الكتابة عن المعتق حتى يكون الولاءُ للشريك ولا يؤدي إلى بطلان الكتابة . ومنهم مَنْ قال : ينتقل وتنفسخ الكتابة ؛ إذِ العتقُ أقوى من الكتابة ، فيعتق كلُّه على الشريك المعتق . ومن هذا الإشكالِ حكى صاحبُ « التقريب » وجهًا أن الكتابة تمنع سراية العتق أصلًا فلا يسري .

فإذا فرعنا على الصحيح – وهو أنه يسري – فإبراؤه عن نصيبه – وقبضُ نصيبه حيث

---

(١) في (أ) ، (ب) : « لضعفِ الفاسد » .

(٢) كلمة : « أيضًا » ليست في (أ) ، (ب) .

(٣) انظر الهداية (٣/٣٠٠) .

(٤) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) ما بين الرقمين ساقط فى (أ) ، (ب) .

يجوز القبض على ما سيأتي - كإعتاقه في اقتضاء السراية ، ولا نقول : إنّه مجبرٌ على القبض فلا يسري ؛ لأنه مختارٌ في إنشاء الكتابة التي اقتضت إجبارَه على القبض . نعم ، إذا مات وخلف مكاتبًا ، فقبض أحدُ الابنين نصيبه : عتق نصيبُه ولم يَسْرِ ؛ لأنه مجبرٌ على القبول ولم يَصدر العقدُ منه .

أما إذا ادّعى العبدُ على الشريكين أنه وَفَّى نجومَهما ، فصدّق أحدُهما ، وكذّبه الآخر : عَتَق نصيبُ المصدِّق . وهل يسري إلى الباقي ؟ فيه قولان [1] . وَجْهُ قولنا : إنه لا يَسْرِي - مع أنه مختارٌ في التصديق - أنَّ مقتضى إقرارِه عِتْقُ الكلّ ، فكيف يُعْمل بخلاف موجبه ويقدر عِتْقُ البعض حتى يسري .

٣١٥/أ **الرابعة** : أحدُ الابنين الوارثيْن إذا أعتق نصيبه / من المكاتب : نفذ ، وهل يُقَوَّم عليه الباقي إن قوَّمْنَا على أحد الشريكين ؟ فيه قولان . وَجْهُ الفَرْقِ : أنّ عِتْقَه يقع عن الميت ولذلك يكونُ الولاءُ للميت . ويمكن بناءُ القولين على أنّ الوارث ، هل يملك المكاتب ؟ ويحتمل أنْ لا يملك ؛ بناءً على أن الدَّيْنَ المستغرِق يمنع الملكَ . وكذا الخلاف في السراية عند إبرائه . أما عند قبضِه نصيبَه [2] فلا سراية ؛ لأنه مُجْبِر .

التفريع : إن قلنا : إنه لا يسري ورَقَّ النصيبُ الآخر بالعجز ، ففي ولاء النصف الأول [3] وجهان :

أحدهما : أنه بين الاثنين ؛ لأنّ العتق وقع عن الميت ؛ فله الولاءُ ولهما عصوبته .

والثاني : أنه للمعتق ، وكأنا بالآخرة تَبيَّنّا أنّ العتْقَ وقع عن المعتق وتضمن انفساخ الكتابة ؛ لأن الكتابة لا تَقْبل التبعيضَ ، وقد انفسخ في الباقي . وهكذا الخلاف إن فرعنا على أنّ العتق يَسْري ، ولكن يتضمن انفساخَ الكتابة في محلّ السراية ؛ لأنه قد انفسخ في البعض .

أما الولاء في محلّ السراية فينبني على انفساخ الكتابة . فإنْ رأينا أنها تنفسخ بالسراية ،

---

(١) والمذهب أنه لا يَسْري . انظر الروضة (٢٣٩/١٢) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لنصيبه » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الآخر » .

فالولاءُ فيه لمن سرى عليه [١] . وإن قلنا : لا تنفسخ ، فقد عتق العبد كلّه عن جهة كتابة الميت ، فالولاء لهما بعصوبته .

فرع : إذا خلف ابنين [٢] وعبدًا ، فادّعى العبد أن المورث كاتبه ، فصدَّقه أحدُهما وكذَّبه الآخرُ ، وحلف : صار نصيبُ المصدِّق مكاتبا ؛ فيستقل العبد بنصف كسْبه لِيَصرفَه إلى النجوم . ثم إنْ عتقَ نصيبُ المصدِّق بقبضه النجومَ : لم يَسْرِ ؛ لأنه مجبرٌ عليه . وإن عتق بإعتاق سرى ، ولم يمكن تخريجه على الخلاف في السراية إلى المكاتب ؛ لأن الشريك يزعم أن نصيبه رقيقٌ ، فلابد وأنْ يسري إليه . وإن عتق بالإبراء [٣] لم يَسْرِ ؛ فإنّ الشريك المكذِّب يقول : الإبراءُ لاغٍ ؛ إذْ لا كتابةَ ، فلا يَسْري حتى يصرِّح المصدقُ بلفظٍ يُوجب الإعتاق .

ثم الصحيح أن المصدِّق يَشْهد مع غيره على المكذِّب فيجوز ؛ لأنّ نصيبه من النجوم [٤] قد سلم بإقرار العبد ، فلا تُهمَةَ فيه .

الخامسة : إذا قبض النجوم ، ثم وجَدَها ناقصةً في الوصف . فإنْ رضي استمرَّ العتقُ ويكون حصول العتق عند القبض ، أو عند الرضا ؟ فيه خلافٌ ينبني على أنّ الدَّيْن الناقص [٥] ، يملك عند القبض أو عند الرضا ؟. وإنْ أراد الردَّ فله ذلك ، ويرتدّ العتقُ ، على معنى أنه يتبين أنه لم يحصل لعدم القبض في المستحق وهو ظاهرٌ إذا قلنا : لا يحصل الملك بالقبض . وإن قلنا : يحصل ، فيحصل العتقُ أيضًا بحسبه حصولًا غير مستقِرّ ، بل يندفع عند الردّ .

فلو اطَّلع على النقصانِ بعد تلف النجوم ، فله طلبُ الأرْش ، ويتبينُّ أنْ لا عتق حتى يؤدِّيَ الأرش . فإن عجَّزَه السيد وأرَقه : جاز [٦] ، كما في نفس النجوم [٧] . ثم الأرْشُ : قدرُ قيمةِ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « يسري عليه » .

(٢) في الأصل : « اثنين » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في الأصل : « الإبراء » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « في النجوم » .

(٥) أي ليس على ما اشترط الدائن .

(٦) قوله : « جاز » ساقطة من الأصل ، وثابتة في (أ) ، (ب) .

(٧) يعني يجوز له تعجيزه وإرقاقُه بسبب عدم أدائه لأرش النقصان مثلما يجوز له تعجيزُه وإرقاقه بسبب عدم أدائه للنجوم .

نقصان النجوم أو ما يقابله[1] من الرقبة ؟ فيه خلاف يجري مثلُه في المعاوضات المتعلّقة بالديون .

السادسة : إذا خرج النجمُ مستحقا : تبينّ أنْ لا عِتْقَ ، وليس هو كما لو قال : إن أعطيتني ألفًا فأنت حُرٌّ ، فجاء بمغصوبٍ فيحصل العتق أو الطَلاقُ في مثله[2] على وجه ، لِتجرُّدِ حكم التعليق ووجوبِ صورة الإعطاء . أما ها هنا إذا صحَّت المعاملةُ فلا يعتق إلا ببراءة الذمة . نعم ، يجري الخلافُ في الكتابة الفاسدة إذا صَرَّحَ بالتعليق على أداء الألف .

فرع : لو قال له عند أداء النجوم : اذهبْ فإنّك حُرّ - أو عتقتَ[3] - فله رَدُّ العتق ، ولا يؤاخذ به ؛ فإنه قال بناءً على ظاهر الحال كالمشتري ، فإنه يرجع بالثمن إذا خرجَ المبيعُ مستحقًّا وإن كان قد قال : هو ملكي وملكُ بائعي ، وقد ذكرنا فيه وجهًا : أنه لا يرجع ، ويجري ها هنا أيضًا ؛ إذْ لا فَرْقَ . أما إذا أقرَّ بعتقٍ أو طلاقٍ ، ثم قال : كنتُ أطلقتُ لفظةً ظننتُها نافذةً ، فراجعتُ المفتي ، فأفتى بأنه لا ينفذ[4] ، قال الصيدلاني : يُقبل ؛ قياسًا على هذه المسألة . وهذا بعيدٌ ؛ لأنّ الإقرار حجةٌ صريحةٌ . وفَتْحُ هذا البابِ يمنع الأقاريرَ ، إلا أنّ قولَه بعد قبض النجوم : أنت حُرّ ، أو عَتَقْتَ ، هو إقرارٌ . ولا فَرْقَ بين أنْ يقوله جوابًا إذا سُئل عن حريته أو ابتداءً ، وبين أنْ يقوله متصلًا بقبض النجوم أو بعده ؛ فإنّه معذورٌ في الأحوال كلِّها ؛ لظنّه . فإذا عُذِرَ ها هنا ، فلا يبعد أنْ يُفْتح هذا البابُ في كلام يجري مَجْراه .

الحكم الثاني : ما يتعلق بأداء النجوم ، وفيه سبع مسائل :

الأولى : أنه يجب الإيتاء[5] ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ﴾[6] ولأنه ما كاتب أحدٌ من السلف إلا وضَع شيئًا ، ولأنّ المطلَّقة تنتظر مهرًا ، فإذا لم تسلّم تَأَذَّتْ ، فَوَجَبَتَ المتعةُ ؛ دفعًا للأذى فكذا العبد ينتظر العتق مجانًا ، فإذا كان بعوضٍ فيتأذّى ، فلابُدّ من إمتاعه .

---

(١) في (ب) : « أو ما يقابلها » .

(٢) يعني في مثل هذه الصورة ، كقوله : « إن أعطيتني ألفًا فأنت طالق » فأتت بألف مغصوبة ، ففي وقوع الطلاق وجهان . أما في مسألتنا هذه ، إذا كان النجم مغصوبًا أو مستحقًا ، فلا يعتق العبدُ قولًا واحدًا .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وعتقت » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لا يفيد » .

(٥) يعني يجب على السيد إيتاء المكاتب شيئًا من المال أو وَضْع بعض النجوم عنه كما سيأتي .

(٦) من الآية (٣٣) من سورة (النور) .

ثم النظر / في محلّه(١) ، ووقته ، وجنسه ، وقدره : ٣١٥/ب

أما المحل : فهو الكتابة الصحيحة . وفي الفاسدة وجهان(٢) ؛ بناءً على أنّ الأصلَ في الإيتاءِ ، حَطُّ شيءٍ من واجب النجوم ، أو بذْلُ شيءٍ(٣) ؟ مع أنه لا خلافَ أن الوجوب يتأدّى بكلِ واحدٍ منهما . فإذا قلنا : الأصلُ هو حَطُّ الواجب ، فلا يجب في الفاسد النجوم ، بل يجب قيمة الرقبة بعد العتق . أما لو باع العبدَ من نفسه ، أو أعتقه على مال فالمشهور : أنه لا يجب الإيتاء . وفيه وجه : أنه يجب ؛ لأجل العوض . ولا خلاف أن العتق مجانًا لا يُوجب شيئًا ؛ فإنه عينُ الإيتاء والإمتاع .

أما الوقت : فلا يجب البدار عقيب العقد . وهل يجوز التأخير عن العتق ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنَّ مقصوده أن يكون بُلْغةً (٤) بعد العتق .

والثاني : لا ؛ لأن مقصوده أن يكون معونة على العتق .

وأما مقداره ، فوجهان :

أحدهما : أنه أقلُّ ما يتموّل ؛ إذ ينطلق عليه اسمُ الإيتاء بخلاف المتعة فإنه قُدِّر بالمعروف (٥) .

والثاني : أنه لا يكفي ذلك ؛ إذِ الحبَّة لا يَحْصُل بها ، لا بُلْغةٌ ولا معونةٌ ، بل لابد من قدْرٍ يليق بحال السيد والعبدِ وقدرِ النجوم .

ويظهر له أثرٌ في التيسير والتخفيف . وقد كاتب ابنُ عمر (رضي الله عنه) عبدًا له بخمسة

---

(١) يعني في محل الإيتاء ووقته وجنسه وقدره .

(٢) يعني إذا كانت الكتابة فاسدة . وتكون كذلك إذا كان الخلل في غير العاقدين ، فإذا كان الخلل فيهما كانت باطلة ولغوًا .

(٣) والأصح أنه لا يجب الإيتاء إذا كانت الكتابة فاسدة . انظر : الوجيز (٢/٢٨٨) . الروضة (١٢/٢٤٩) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بُلْغة العتق » أي يكون شيئًا من المال يستعين به على قضاء حاجاته .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح والمنصوص . انظر مختصر المزني ص (٣٢٤) . الوجيز (٢/ ٢٨) . الروضة (١٢/ ٢٤٩) ، الغاية القصوى (٢/١٠٤٨) .

وثلاثين ألفَ درهم ، ثم حَطَّ عنه خمسة آلاف [١] . وهو تُسْعُ المال . وإن كان السبعُ إلى العشر لائقًا ولكنْ لايتقدر به ، بل يجتهد القاضي عند النزاع . فإنْ شك في مقداره ، فيتقابل فيه أصلان : براءةُ ذمة السيد وبقاءُ الأمر بالإيتاء ، فلْيرجّح .

فرع : لو بقيَ من النجوم قدرٌ لا يُقْبل في الإيتاء أقلُّ منه ، فليس للسيد تعجيزه أصلًا ، بل يرفعه إلى القاضي لِيَرَى فيه رأيه .

أما الجنسُ ، فَلْيُبْرِئْ من بعض النجوم ، أو ليَرُدَّ عليه ممّا أَخَذ منه أو من جنسه . فإنْ عدل إلى غير جنسه فوجهان . وجه المنع : أنه تَعَبُّدٌ فُهِمَ من قوله تعالى : ﴿ وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ ﴾[٢] وعَنَى به النجومَ ، فَضَاهَى قولَه تعالى : ﴿ وَءَاتُواْ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ ﴾[٣] . والأصحُ أنَّ هذه معاملةٌ ، فيتطرَّق الْعِوَضُ إليها .

فرع : لو مات السيدُ قبل الإيتاء [٤] فهو في تركته[٥] ، لكن النصّ أنه يضارب به الوصايا [٦] . وهو مُشْكِلٌ[٧] ؛ لأن حقَّ الدَّيْن أنْ يُقَدَّم ، فلعلّه أراد به ما إذا قدر زيادة على الواجب فمات . ومنهم مَنْ قال : وجوبُ الإيتاء ضعيفٌ ، فينقلب استحبابًا بالموت . ومنهم من قال : أقلّ ما يتمول دَيْنٌ والزيادة – إذا أوجبناها [٨] – إنما أوجبنا ، لأنها لائقةٌ بالحال ، ولا تليق بما

---

(١) رواه الشافعي في الأم (٨/ ٣٣) . ومن طريقه رواه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٤٥١/١٤) .

(٢) من الآية (٣٣) من سورة (النور) .

(٣) من الآية (١٤١) في سورة الأنعام .

(٤) يعني الإيتاء .

(٥) يعني بعد أخذ النجوم التي على العبد .

(٦) انظر مختصر المزني ص (٣٢٤) .

(٧) قال ابن الصلاح : « إذا مات السيد قبل الإيتاء ، قال : (فالنصُّ : أنه يضارب به الوصايا ، وهو مشكل) هذا فيه تغيير للفظ النص بما يبعد فيه التأويل ، ولابد من تأويله عند الأصحاب سوى من شذ منهم . ولفظ النص كما هو في مختصر المزني « حاصّ المكاتب بالذي له : أهلَ الدَّين والوصايا » ومن تأويلاته أن المراد به : يُساوي أهلَ الدَّين والوصايا في أنه يقدم على الميراث . ثم بعد التقديم المذكور يُحاصّ أهلَ الديون ويُقدَّم على الوصايا ؛ لأنه دَيْنٌ . وهذا لا يتأتى في اللفظ الذي عبرّ به . ومن الأصحاب من قال : غلط الكاتب وإنما قال : « حاصّ أهل الدين دون الوصايا » . المشكل (جـ٢ ق ٢٠٥/أ) .

(٨) في الأصل : « إذا أوجبنا » والمثبت من (أ) ، (ب) .

بعد الموت ، فهو الذي أراد به الشافعي (رضي الله تعالى عنه وأرضاه) [١]

المسألة الثانية : إذا عجل النجوم قبل المحلّ ، أُجبر السيد على القبول ؛ لأجل فكّ الرقبة كما يُجبر في الدين[٢] الذي به رَهْنٌ . أمَّا في سائر الديون المؤجّلة فوجهان .

ثم إنما يُجْبر على قبول النجم إذا لم يكن على السيد ضررٌ ومؤنةٌ ولم يكنْ وقتَ نَهْبٍ[٣] وغارة . فإذا كان عليه ضررٌ لم يلزمْه . فإنْ كان النَّهْبُ مقرونًا بوقت العقد ، ففي الإجبار وجهان[٤] .

وحيث يُجبر ، فلو كان غائبًا أو امتنع ، قَبَض القاضي عنه وعتق . ويقبض النجمَ الأوّل وإن لم يكن فيه عتقٌ أيضًا ؛ لأنه تمهيدُ سببٍ للعتق [٥] .

ولو قال : لا آخُذُه ؛ فإنه حرامٌ ، فالقولُ قولُ المكاتب[٦] ، ويجب أخْذُه ويَعتق به[٧] .

ثم يجب عليه ردُّه إلى مالكه إن أضافه إلى مالك[٨] . فإن لم يُضِفْ ، فهل ينتزع من يده ؟ فيه وجهان[٩] . فإن قلنا : لا يُنْتزع ، فلو كذَّب نفسه ، فالظاهرُ قبولُه ويعود تصرُّفُه فيه .

---

(١) قال في الروضة (٢٥٠/١٢) : « لو مات السيد بعد أخذ النجوم وقبل الإيتاء : لزم الورثة الإيتاء . فإن كانوا صغارًا تولّاه وليُّهم . فإن كان مال الكتابة باقيًا أخذ الواجب منه . ولا يزاحمه أصحاب الديون ؛ لأن حقه في عينه ، أو هو كالمرهون به . هكذا قاله القفال ، ونقله ابن كج عن نصه في « المبسوط » . وإن لم يكن باقيا فثلاثةُ أوجه :

أحدها : أن واجب الإيتاء – لِضَعْفِهِ – يؤخر عن الديون ويحصل في رتبة الوصية .

والثاني : أنا إذا قلنا : يقدر الواجب في الاجتهاد ، فأقلُّ ما يتموَّل في رتبة الديون ، والزيادة في رتبةالوصية ؛ لضعفها .

والثالث : وهو الصحيح ، أن ما يُحكم بوجوده – على الاختلاف – يُقدم على الوصايا ، فإن أوصى بزيادة على الواجب ، فتلك الزيادة من الوصايا » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بالدين » . (٣) يعني : ولم يكن وقتُ الأداء وقتَ نهبٍ .

(٤) والأصح عدم إجباره على القبول ؛ لأن الفتنة قد تزول عند حلول الأجل . انظر الروضة (٢٥١/١٢) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « العتق » . (٦) يعني مع يمينه . وانظر المنهاج ص (١٦٠) .

(٧) وهذا إذا لم يُقِم السيدُ بينةً على أن هذا المال مغصوب أو حرام . فإن أقام بينة لم يُجبر على قبوله ، وتُسمع منه هذه البينة ؛ لأن في إقامتها غرضًا ظاهرًا ، وهو الامتناع عن الحرام . انظر الروضة (٢٥٢/١٢) .

(٨) يعني إن قال السيد في دعواه – التي لم يقم عليها بينة – : هذا المال لفلان وسمّاه ، فيجب عليه ردّه إليه ؛ مؤاخذةً له باعترافه وإن لم يُقْبل قولُه على المكاتب .

(٩) والأصح أنه لا يُنْتزع من يده ؛ لأنه لم يُقِرَّ لمعينٍ . انظر الروضة (٢٥٢/١٢) .

فرع : إذا قال السيد : عجِّلْ لي بعضَ النجوم ؛ لِأُبْرِئَكَ عن البعض . فقد نقل المزني (رحمه الله) في ذلك تردُّدًا ، وجعل المسألة على قولين . ومحلُّ القولين مُشْكِل ؛ لأنَّ السيدَ إنْ قال : إذا عجلتَ فقد أبرأتك . فهو تعليقُ [إبراء] [1] فاسدٌ . وإن قال العبد : خُذْ هذا بشرط أن تُبْرِئني ، فأداؤه بالشرط فاسد فلعل مَحَلَّ التردد أنْ يبتدىء العبدُ الأداءَ بالشرط ، فأداؤه فاسدٌ . لكن لو أبرأ السيدُ واستأنف [2] العبد رضًا في دوام القبض صار القبض صحيحًا . فلو لم يستأنف [2] ، فهل نقول : رضاه الأولُ كان رضاءً بالإضافة إلى حالة الإبراء وقد تحقق ، فهل يُكتفى به ؟ يحتمل فيه تردُّدٌ .

المسألة الثالثة : في تعذّر النجوم ، وله خمسة أسباب :

الأول : الإفلاس عند المحل . وللسيد مبادرة الفسخ ، فإن لم يُبادر فله الفسخ متى شاء ، وليس هذا على الفور . ولو استمهل المكاتبُ ، لم يلزمه إلا بقدر ما يخرج المال من المخزن . فإن كان مالهُ غائبًا ، فله الفسخ . ولو كان له عروض لا تشترى إلا بعد زمان ، فله الفسخُ . وقال / ٣١٦/أ الصيدلانيّ : لا يفسخ . وهو بعيدٌ [3] . وإذا عجز عن البعض فله الفسخ ، والباقي يُسَلّم للسيد إلّا ما كان من الزكوات ، فإنها ترد إلى أصحابها .

الثاني : إذا غاب وقت المحلّ ، فله الفسخ ولا يحتاج إلى الرفع إلى القاضي على الصحيح . ولو كان أَذِنَ له في السفر فله أن يرجع ولكنْ لا يُبادر الفسخ حتى يُعَرفه الرجوعَ عن الإذن . فإن قصَّر بعد ذلك في الإياب والأداء ، فسخ .

الثالث : أن يَمْنع مع القدرة فله ذلك ؛ إذ ليس النجومُ لازمًا على العبد ، بل الكتابة جائزة في جانبه ، لكنْ للسيد الفسخُ . وقال العراقيون : ليس للعبد الفسخ ، لكنْ له أنْ لا يؤدي مع القدرة حتى يفسخ السيد [4] وهو متناقضٌ ؛ لأن العقد إنْ كان لازمًا ، فَلْيجب الوفاءُ به .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) . (٢) سقط من (أ) ، (ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا كان للمكاتب عروضٌ لا تشترى إلا بعد زمان : (فللسيد الفسخ . وقال الصيدلاني : « لا يفسخ » . وهذا بعيد) ينبغي على قول الصيدلاني أن يتقدم بثلاثة أيام . وهذا هو الذي قطع به صاحب « المهذب » وليس ببعيد بل هو الصحيح ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٥/أ)

(٤) قال ابن الصلاح : « ما حكاه عن العراقيين من أنه ليس للعبد المكاتب فسخ الكتابة مع أنه له الامتناع من الأداء ، إنما هو أحد الوجهين عند العراقيين ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٥/أ ، ٢٠٥/ب) .

الرابع : إذا جُنَّ العبد وقلنا : لا ينفسخ – على الأصحّ – فالقاضي إن عَلِمَ له مالًا ، ورأى مصلحته في العتق ، أدى عنه . وإن رأى أنه يضيع إنْ عتق ، فله أنْ لايؤدي عنه . وكلامُ الأصحاب يُشير إلى أنّ السيد يستقلُّ بالأخذ ؛ إذْ ذكروا أنّ القبض من العبد المجنون يوجب العتق . وفيه نظرٌ ؛ إذ ربما لم يَرْضَ بالعتقِ والأداء إذا أفاق ، إلا أنّ هذا لا فائدة فيه ؛ فإن السيد يقدر على إعتاقه بكل حال ، فأيُّ فَرْقٍ بين أنْ يأخذ كسْبَه عن جهة النجوم أو عن جهة الرق ؟ .

الخامس : الموت . وذلك يوجب انفساخ الكتابة وإنْ خلَّف وفاءً ؛ لتعذُّرِ العتق بعد الموت .

فرع : لو استسخر المكاتب شهرًا ، وغرم له أجرة المثل فإذا حلَّ النجمُ وعجز ، فله الفسخُ . وفيه وجه : أنه يلزمه أنْ يُنْظِرَه مثلَ مدة الاستسخار ؛ لأنه كان يتوقَّع اتفاقَ فُتوحٍ في ذلك الشهر ، فيعوضه بمثل تلك المدة ، فلعلَّه يتحقق توقُّعُه .

المسألة الرابعة : في ازدحام الديون . ولها صور :

الأولى : أن يكونَ الدَّيْنُ للسيد ، فإذا كان له عليه دَيْنُ معاملةٍ ونجوم ، وفي يده ما يَفي بأحدهما ، فلو تطوَّعُ السيدُ وأخذ عن النجوم : عَتَقَ ، ودَيْنُ المعاملة يبقى في ذمته ، وله أنْ يأخذَ عن جهة المعاملة ويعجزه . ولو أراد تعجيزَه قبل أنْ يأخذ مَالَه عن جهة الدَّيْن ، ففيه وجهان :

أحدهما : له ذلك ؛ لأنَّ له طَلَبهما جميعًا ، ويتضمن ذلك عَجْزَه عنْ بعض النجوم لا محالة [1] .

والثاني : لا ؛ لأنه قادرٌ على النجوم ، وإنما تزول القدرةُ بإخلاء يده عن المال .

فرع : لو قبض المالَ مُطلقًا ، وقصدَ السّيدُ الدَّيْنَ ، وقصد العبدُ االنجومَ ، فالاعتبارُ بأيِّ قصدٍ ؟ فيه وجهان . وتَظْهر فائدتُه في التحليف عند النزاع ، فإنّ القولَ قولُ مَنْ تُعْتَمد نِيَّتُه .

الثانية : أنْ يكون عليه دَيْنُ معاملةٍ وأرْشٌ لأجنبيّ ، وليس عليه للسيد إلّا النجوم ، فإنْ لم يحجر القاضي بعد عليه ، فله أنْ يقدم أيَّ دَيْن شَاءَ . وإن حجر بالتماسِ الغير ، فالنصُّ أنه يُوَزَّع

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (٢٦٠/١٢) .

على الديون[١] ؛ لأنّ كلَّ واحدٍ لو انفرد لاستغرق تمامَ حقّه . والذي ذَهَب إليه المحققون أنّ المقدَّم دَيْنُ معاملةِ الأجنبيّ ؛ لأنَّه لا يجد متعلقًا من الرقبة بخلاف الأَرْش والنجم .

ثُمَّ أَرْشُ الأجنبيّ يُقَدَّم على النجم ؛ لأنه يُقَدم على حقِّ المالك حتى يباع فيه العبد .

الثالثة : أن يُعَجِّز المكاتبُ نفسَه ، فتسقط عنه النجومُ ، ويبقى للأجانبِ الأَرْشُ ودَيْنُ المعاملة ، وفيه ثلاثة أوجه :

أحدها : وهوالصحيح ، أنه يُقَسم ما في يده عليهما بالسوية .

والثاني : أنه يُقَدّم دَيْنُ المعاملة ؛ لِتَعَلُّقِ صاحبِ الأَرْشِ بالرقبة .

والثالث : وهو غريبٌ ، أنْ يُقَدّم الأَرْشُ ويُقَال لصاحب المعاملة : قد قنعْتَ بذمّتِه ، فَاتْبَعْه إذا عَتَق . وهذا يلزم طَرْدُه في الصورة الثانية . وهو بعيدٌ جدًّا .

التفريع : إن قلنا : يُقَدَّم المعاملة ، فلو مات المكاتبُ وخلف شيئا فالصحيح : أنه يُسَوِّي بينه وبين الأَرْش ؛ إذ لم يَبْقَ طَمَعٌ في الرقبة ؛ ليتعلّق بها الأَرْش . ومنهم من استصحب دَيْنَ المعاملة .

فرعان

أحدهما : أنَّ لمسْتحقِّ الأرشِ تعجيزَ المكاتب حتى يَفْسخ الكتابة ، ويبيع الرقبة ، فلو أرادَ السيدُ فداءه - لِتَسْتَمِرَّ الكتابةُ - لم يَجِبْ على المجنيّ عليه قبولُه ؛ لأَنّه إنما يتعلّق بالرقبة بعد انفساخ الكتابةُ وإنما له الفداءُ عند التعليق . وفيه وجه : أنّه يجبُ قبولُهُ لغرضِ السيد في دوام الكتابة .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله - فيما إذا اجتمع على المكاتب دين للسيد ، وحَجَرَ عليه القاضي حَجْرَ الفلس - : (فالنص أنه يوزع على الديون) معناه عند صاحب « التقريب » : وعلى النجوم أيضًا ، صرح بهذا صاحب التقريب ، وذكر أنه ظاهر النص وأنه الأصح . وكلام المصنف يقتضي أن الأصح التسوية والتوزيع من الأرش ودين المعاملة الثابتين للأجنبي ، لا ما حكاه عن المحققين من خلافه ؛ فإنه ذكر بعد هذا - فيما إذا عجز المكاتب نفسه - : أن الصحيح أن يقسم ما في يده على ما للأجانب عليه من دين معاملة وأرشٍ بالتسوية ، ولا فرق بين هذا أو ذاك ؛ إذ دين النجم للسيد ، وسيأتي منه القطع - في الفرع الثاني في الصورة الثانية - بأنه لا يضارب بالنجم . وفي ذلك ما حكيناه عن ظاهر النص من أنه يضارب ، والله بغيبه أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٥/ب) .

وأمّا صاحبُ دَيْنِ المعاملة ، فليس له التعجيزُ على المذهب ؛ إذ ليس له طَمَعٌ في الرقبة فلا فائدة له في التعجيز .

الفرع الثاني : لو كان للسيد دَيْنُ معاملةٍ ونجمٌ ، فلا يُضَارب الغرماء بالنجم ، ويضارب بدَيْنِ المعاملة ؛ لأنه لا يقضى من الرقبة . وفيه وجه : أنه لا يضارب ؛ لأنّ حَقَّه على عبده ضعيفٌ وعُرْضَةٌ للسقوط .

المسألة الخامسة : إذا / كَاتَبَا عبدًا ، فليس للعبد أنْ يَقْضيَ نصيبَ أحدهما ٣١٦/ب
وحده ؛ لأنَّ كلَّ ما في يده كالمشترِك بين السَّيِّدَيْنِ ، لكن لو وَكَّلَ أحدُهما صَاحِبَه بِقَبْضِ نصيبه ، فإذا قبض الجميعَ : عَتَقَ العبدُ . ولو استبدَّ بتسليمِ الجميع إلى أحدهما ، لم يُعْتق منه شيءٌ ؛ لأنَّ القابض لا يملك منه شيئًا ما لم يملك شريكُهُ مِثْلَه . وفيه وجه : أنه يعتق نصيبه ؛ إذْ ليس عليه رَفْعُ اليدِ إلا عن النّصف .

ولو رَضي أحَدُهما بتقديم الآخر بنصيبه ، فهل يصحُّ الأداءُ ؟ فيه وجهان ينبنيان على نفوذ التبرُّعِ بإذن السيد . وقيل : ينبني على أنّ كتابة أحدِهما بإذنِ صاحبه هل تصحُّ في نصيبه وحدَه ؛ لأنّ هذا يؤدي إلى أنْ يعتق البعضُ ، وتبقى الكتابةُ في الباقي ؟ .

التفريع : إن قضينا بفساد الأداءِ ، فهو رَقيقٌ ويستردّ منه . وإنْ قلنا : صحيحٌ ، فلا نقول بعتق نصيبه ويسري ، بل إنْ كان في يده وفاءٌ أدَّى نصيبَ الثاني ، وعَتَقَ كُلُّه عليهما . وإنْ عجز عن نصيب الثاني ، قال ابن سريج : لا يُشَارِك الأولَ فيما قبض بإذنه ، ولكن عتق على الأول نصيبُه . وهل يُقَوَّم عليه الباقي ؟ فيه الخلاف المذكور في سراية عِتْقِ الشريك في المكاتب . وقال غيره : بل يُشارِكه فيما قبض ؛ لأنه أذِنَ في التقديم لا في التكميل . ثم إذا شارك فلهما التعجيزُ بسبب الباقي ويَرِقّ العبدُ .

فرع : لو ادعى أنه وفاه النجومَ ، فصدَّقه أحدُهما ، وكذَّبه الآخرُ ، فله أنْ يشارك المصدِّقَ فيما أَقَرَّ بقبضِه ، وله أن يُطَالب المكاتبَ بتمام نصيبِه إنْ شاء . ثم لا تَرَاجُعَ بين المكاتبِ والمصدِّق فيما[1] يأخذه المكذِّبُ منهما ؛ إذْ موجبُ قولِهما أنَّ المكذِّب ظالمٌ ولا يرجع المظلومُ إلّا على ظالم .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « بما » .

المسألة السادسة : إذا كاتب عبدين ، فجاء أحدُهما بمالٍ لِيتبرَّع بأداء نجوم الثاني وقلنا : لا ينفذ تبرُّعُه بالإذن ، فالمالُ للمؤدّي ، لكن قد نَصَّ الشافعي (رضي الله تعالى عنه) أنّ المؤدّيَ لو عتق بمال آخر لم يرجع إلى ذلك المال . ونَصَّ على أنّ المكاتب لو عفَا عن أرْشِ جناية ثَبَتَ له على سيِّده ، فإذا عتق رجع فيه ؛ فقيل : قولان بالنقل والتخريج ؛ بناءً على أنَّ تصرُّفَ المفلس إذا رُدَّ للحجر ، فإذا انقضتْ ديونُه ، فهل ينفذ بَعْدَه ؟ .

ولا خلافَ أنه لو استردّ قبل العتق ، ثم عَتَق : لم يكن للسيد استردادُه ؛ فإنه إنما ينفذ بعد العتق إذا لم يقبضه قبل العتق .

أمّا إذا تكفل أحدُ العبدين بنجومِ الآخر : لم يصحّ ؛ لأن النجوم ليس بلازم على العبد ؛ فلا يصحُّ ضمانُه . ولو شرط ضمان أحدِهما للآخر ، فَسَدَ العقْدُ .

فرع : لو كانا مُتفاوِتَي القيمة (1) ، وجاءَ المالُ ، ثم ادّعى الخسيسُ أنهما أدَّيَا على عدد الرءوس ، وقال الآخر : بل على قَدْرِ النجوم ، ففيه نَصَّان مختلفان ؛ فقيل قولان :

أحدهما : أنَّ القولَ قولُ مَنْ يدعي الاستواءَ ؛ لأنه كان في يدهما . وهو الصحيح .

والثاني : القولُ قولُ الآخر ؛ لأن قرينة التفاوُتِ في النجوم تَشْهَدُ له . وقيل : بل المسألة على حالَيْنِ ، فالقولُ قولُ مَنْ يدّعي الاستواء إلا أن يقتضي ذلك في النجم الأخير استرداد شيء من السيد ، فالقولُ قولُ مَنْ ينكره (2) .

المسألة السابعة : في النزاع . وله صور :

الأولى : إذا اختلف السيد والمكاتبُ في قدر النجوم ، أو في جنسه ، أو في مقدار الأجل : تحالفا وتفاسخا وإن كان بعد حصول العتق بالاتفاق . وفائدةُ الفسخ : الرجوعُ إلى قيمة الرقبة .

---

(1) قال ابن الصلاح : « قوله : (لو كانا متفاوتي القيمة) يعني : وكانت نجومهما متفاوتةً على حسب تفاوتهما في قيمتهما ، ولا حاجة إلى هذا . وينبغي أن يقول : (لو كانا متفاوتين في النجوم) حتى يشمل ما إذا تفاوتت نجومهما مع تساويهما في القيمة وغير ذلك ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٦/أ) .

(2) قال ابن الصلاح : « قوله (فالقول قولُ من ينكره) يعني مَنْ ينكره من العبدين ؛ لأن الاسترداد – وإن كان من السيد – فقول مَنْ ينكره منهما معتمدٌ أيضًا ؛ إذ الأصل عدمه » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٦/أ) .

أما ردُّ العتق فغيرُ ممكنٍ ، وصورتُه: أن يقبض منه ألفَينِ ، ويدعي العبدُ أن بعضَه وديعةٌ ، وقال السيد : بل النجوم ألفان .

الثانية : أن يختلفا في أصل الأداء أو في أصل الكتابة ، فالقول قول السيد . فلو قال العبد : لي بينةٌ على الأداء : أُمْهِلَ ثلاثة أيام . فإنْ أَتى برجلٍ وامرأتين قُبِلَ إلا في النجم الأخير ، ففيه وجهان ؛ لتعليق العتق به .

الثالثة : لو مات المكاتب وله ولدٌ من معتقه ، كان ولاؤه لموالي المعتقة . فلو قال السيد : عتق قبل الموت وجَرَّ إليَّ ولاءَ أولاده ، فالقولُ قول مولى الأم : إنه مات قبل العتق ؛ لأن الأصل عدمُ القبض واستمرار الولاء .

الرابعة : كاتَبَ عبدين وأقرَّ بأنه قبضَ نجومَ أحدِهما ، فلكلٍّ واحد أنْ يدّعي . فإن أقرَّ لأحدهما ونكل عن يمين الآخر حتى حلف المدعي : عتق هذا باليمين المردودة ، وعتق الأولُ بالإقرار . وإن مات قبل البيان ، فللوارثِ أنْ يحلف على نَفْي العلم بما عَنَاه المورثُ . وإذا حلف استبهم ، فهل يُقرع بينهما ؟ فيه قولان .

أحدهما : نعم ، لأنه عتق استبهم .

والثاني : لا ؛ / لأنه دَيْنٌ اسْتُبْهِمَ مَنْ عليه ، ولأنه عتق عبد معين من عبدين ، وإنما تجري القرعةُ عند إعتاق العبدين جميعًا وقُصور الثلث عن الوفاء وإبهام العتق بينهما . ٣١٧/أ

لكن إذا قلنا : لا يقرع ، فللوارثِ أن يعجزهما ليحصل تعجيز الرقّ منهما ، وبعد ذلك يستبهم عتق بين عبدين فلا تبعد القرعة .

* * *

الحكم الثالث

حكم التصرفات

أما تصرفاتُ السيد ، ففيها خمس مسائل :

الأولى : بيعُ المكاتب كتابةً فاسدةً : صحيحٌ ، وهو رجوع . وإنْ كانت الكتابةُ صحيحةً : فهو باطل على القول الجديد ؛ لأنّ العبدَ استحقَّ عتقًا عليه ، وفي بيع العبدِ نَقْلُ الولاء إلى غيره [1] . والقولُ القديم : أنه يصحّ ويكون مكاتبًا على المشتري : إن أدَّى إليه النجومَ عَتَقَ وله الولاءُ ، وإن عجز رَقَّ له .

الثانية : بيعُ نجوم الكتابة باطلٌ ؛ لأن ضمانه أيضًا باطلٌ ؛ لعدمِ لزومه . وفي الاستبدال عنه وجهان . وخَرَّج ابنُ سريج قولًا : أنه يصح بيعُه .

ثم إذا منعنا بَيْعَه فقبض المشتري النجومَ ، لم يعتق ويردّ على المكاتب . وفيه وجه : أنه يعتق ؛ لأنه مأذونٌ في القبض من البائع ، فكأنه وكيلهُ . فعلى هذا تُرَدُّ النجومُ على السيد إذا عتق عليه .

الثالثة : للسيد معاملتُه بالبيع والشراءِ ، ويأخذ الشفعة منه ، ويأخذ هو من السيد ، ويلتزم كلُّ واحدٍ الأرشَ عند الجناية على صاحبه ، فلو ثبت له على السيد دَيْنٌ مثل النجوم في قدره وجنسه عتق حيث نوى وقوعَ التقاصّ . وفي أصل التقاصّ – عند تساوي الدَّيْنَيْنِ – أربعةُ أقوال :

أحدها : أنه لا يقع مع الرضا ؛ لإنه إبدالُ دَيْنٍ بِدَيْن .

والثاني : يقع إنْ رَضِيَا جميعًا ؛ وكأنه يُشْبه الحوالة .

والثالث : أنه يقع إنْ رضيَ أحدُهما كما يُجْبَرَ أحدُ الشريكين على القسمة عند طلب أحدِهما .

والرابع : أنه يقع التقاصُّ ؛ لأن طَلَبَه منه – إذا كان هو مطالبًا بمثله – عَنَتٌ . ولعلّه الأصح [2] . وقال صاحب « التقريب » : إنْ أجْرَينا التقاصَّ في النقدين ، ففي ذوات الأمثال

---

(١) انظر روضة الطالبين (٢٧١/١٢) .

(٢) ونص في الروضة (٣٧٣/١٢) على أن هذا هو الأظهر . وانظر المنهاج ص (١٦٢) .

وجهان [١] . فإنْ أجرينا ففي العروض المتساوية وجهان .

ولاشك في أنه لايجوز التقاصُّ بين المكسّر والصحيح ، والحالّ والمؤجّل .

الرابعة : لو أوصى برقبة المكاتب لم يصحَّ وإن عجز ، إلا أنْ يُضيف إلى العجز فيقول : إن عجز فقد أوصيتُ به لفلان ، ففيه وجهان مرتبان على ما لو قال : إن ملكتُ ذلك العبدَ فقد أوصيتُ به لفلانٍ . وهذا أولى بالصحة ؛ لقيامِ أصلِ الملك [٢] .

ولو أوصى بالنجوم لإنسان جاز فيما يخرُج من الثلث . فإن عجز فللوارثِ التعجيزُ وإن أنظر الموصى له . وحيث تصحُّ الوصية برقبته - إذا عجز - فللموصى له تعجيزُه وإنْ أَنْظَرَ الوارثُ ، وإنما يتعاطى القاضي تعجيزَه إذا تحقق ذلك عنده .

الخامسة : إذا قال : ضَعُوا عن المكاتب أكثرَ ما عليه ومثلَ نصفه - والنجومُ ثمانيةٌ مثلا - فيوضع - لأجل الأكثر - أربعٌ وشيء ، ولقوله : مثل نصفه ، نصفُ الأربعة والشيء ، فيجوز أنْ يبقى عليه درهمان إلا شيئين .

ولو قال : ضَعُوا عنه ما شاء ، فشاء الكلَّ : لم يوضع ، بل لابد من إبقاء شيء وإنْ قَلَّ . وفيه وجه : أنه يُوضع الكلُّ بخلاف ما لو قال : ضَعُوا من نجومه ما شاء فإنَّ « مِنْ » تَقْتضي التبعيضَ .

أما تصرفات المكاتب : فهو فيه [٣] كالحرّ إلا ما فيه تبرعٌ أو خطرُ فواتٍ .

أما التبرعُ : كالهبة ، والعتق ، والشراء بالعين ، والبيع بالمحاباة ، والضيافة ، والتوسّع في المطاعم والملابس .

وأما الخطر : فهو كالبيع بالنسيئة وإن استوثق بالرهن ؛ فإنه لا يدري عاقبتَه ، وقد يجوز مثلُ ذلك في مال الطفل بالمصلحة ، ولكن هاهنا لا تُطلب مصلحة المكاتَب بل مصلحة العتق واليد ، ولذلك لا ترفع يدُ السيد عن المبيع قبل قَبْض الثمن ، ولا يهب بثوابٍ مجهول ، ولا يكاتب ، ولا يتزوج ؛ لأنه يتعرّض للنفقة والمهرِ . ولا يَتَسَرَّى ؛ إذْ تتعرض الجاريةُ للهلاك بالطلق ،

---

(١) انظر الروضة (١٢/٢٧٤) .

(٢) وهذا هو الصحيح وبه قطع الجمهور . انظر الروضة (١٢/٢٧٤) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فهو فيها » .

ولا يَشْتري مَنْ يُعْتق عليه ، ولا يَتَّهِبُ أيضًا مَنْ يُعْتق عليه إلا إذا كان كسوبًا لا تجب نفقتُه .

وأما إقراره فَيُقْبلَ كالمريض ، وكل ما مُنِعَ إذا استقل ، فلو أذِن فيه السيدُ فقولان :

أحدهما : الجواز ؛ لأنَّ الحقَّ لا يَعْدُوهُما .

والثاني : المنع ؛ لأنّ حقَّ العتق ملحوظٌ أيضا ، وإذنُ السيد لاأَثَرَله وقد استقل المكاتبُ بنفسه .

فروع

الأول : نكاحه بإذنه فيه القولان . وقيل : إنه يصحُّ قولا واحدا ؛ لأنه من حاجته . وهو ضعيفٌ ؛ إذ لو كان كذلك لاستقلَّ به ، ولجاز / التسرّي ، ولأنّ للكتابة آخِرًا فإنّ الصبرَ إليه ممكنٌ ٣١٧/ب

الثاني : في تزويج المكاتبة طريقان :

أحدهما : التخريج على القولين .

والثاني : الجوازُ قطعًا ؛ إذ تستحق المهرَ والنفقةَ ، ولايلزمها تسليمُ نفسها نهارًا ، بل تكتسب كالأمة لا كالحرة . وقيل : إنه لايجوز قولاً واحدا . وهو ضعيف .

الثالث : ذكر العراقيون في مسافرة المكاتب دون الإذن وجهين . ثم منهم مَنْ طرد في كل سفر ، ومنهم مَنْ خصص بالسفر الطويل ، وقال : هو انسلالٌ عن لحاظ السيد بالكلية .

الرابع : لو وهب من السيد شيئًا ، خُرِّجَ على القولين . وقيل : يصح قطعًا كما يعجل النجم الأول إليه ، ولا يعجل الدَّيْن إلى غيره .

الخامس : لو اتَّهبَ المكاتب نصفَ مَنْ يُعْتق عليه ، فكاتَب عليه حتى يُعْتق بعتقه ويَرِقّ برقّه : فإن عتق فعتق النصفُ قال ابن الحداد : يُقَوَّم عليه الباقي إن كان موسرًا عند العتق ؛ لأنه مختارٌ فيه . وقال القفال : لا يسري ؛ لأنه لم يَسْرِ عند حصول الملك فلا يسري بعده . وهو الأصحُّ .

السادس : لو اشترى مَنْ يُعْتَق على سيده : صَحَّ . ثم إنْ عجز – وانقلب إلى السيد – عتق عليه . ولو اتهب العبدَ القنّ دون إذنِ السيد ، ففيه وجهان . فإنْ جَوّزْنا ، فاتَّهب مَنْ يعتق عليه – وهو غير كسوب – لم يَجُزْ إلا بالإذن ؛ لأجلِ النفقة .

وإذا[1] اتهب نصفَ قريبه ، ففي وجه : يصح ؛ ولا يسري . وفي وجه : لا يصح ؛ حَذَرًا من السِّرَاية . وفي وجه : يصح ويسري ؛ لأن اختيار العبد كاختياره .

ثم إذا صححنا قبولَ العبد ، فهل للسيد ردُّه ؟ فيه وجهان . فإنْ قلنا : له ردُّه ، فهو دفعٌ لأصل الملك ؟ أو قَطْعٌ من حين الردّ ؟ فيه وجهان .

السابع : إعتاقُ المكاتب عبْدَه بإذن سيده ، فيه طريقان :

أحدهما : التخريج على القولين .

والثاني : القطع بالمنع[2] ؛ لما نذكره من إشكال الولاء .

فإنْ قلنا : ينفذ ، ففي الولاء قولان :

أحدهما : أنه للسيد ؛ لأنّ المكاتب رقيقٌ ، وفائدةُ الولاءِ : الميراثُ ، والتزويجُ ، وتحمُّلُ العَقْلِ ، وكلُّ ذلك يُنَافيه الرقُّ .

والثاني : أنه موقوف . فإنْ عتق المكاتب يوما ما فهو له ، وإن مات رقيقًا فهو للسيد .

فعلى هذا ، لو مات المعْتَق قبل موت المكاتب وعتِقْهِ - وهو في مدة التوقف - ففي ميراثه وجهان :

أحدهما : يُوقَف حتى يتبينَّ أمر الولاء ، فيصرف إلى من يستقرّ عليه : مِن السيد ، أو من المكاتب .

والثاني : أنه لبيت المال ؛ لأن ما يتبينّ من بعد لا يسند الولاء إلى ما مضى .

فإن قلنا : يثبت الولاء للسيد في الحال ، فإذا عَتَق المكاتبُ ، فهل يَنْجَرُّ إليه ؟ فيه وجهان .

فرع : كتابةُ المكاتِب عبْدَه كإعتاقه . فإنْ قلنا : ينفذ ، فلو عَتق - والعبدُ الأولُ رقيقٌ بعد - ففي ولائه القولان المذكوران في الإعتاق .

---

(١) في (أ) : « وإنْ » .

(٢) وهذا هو المذهب . انظر المنهاج ص (١٦١) .

الثامن : ليس للمكاتبِ أنْ يُكَفِّر إلا بالصوم . فإنْ أذِن السيدُ في الإطعام ، فَعَلَى القولين . وقيل : يجوز إذا قلنا : إنّ القِنَّ لا يَمْلِك ، والمكاتبُ أيضًا لا يملك وإنما تصرُّفُه بحكم الضرورة ؛ فلا يصحُّ التكفير بالمال . وهو ضعيفٌ ، بل الصحيح : أن المكاتب يَمْلك .

التاسع : إذا استولد المكاتِبُ جاريةً ، فولدُه مكاتب عليه . وهل يَثْبت للأم علقةُ أُمِّيَّةِ الولد حتى تصير مستولدةً إذا عتق ؟ فيه قولان . والأصحُّ أنه لايثبت ؛ لأنها علقت بولد رقيقٍ .

* * *

الحكم الرابع

حكم ولد المكاتبة إذا كان من نكاح أو زنا

وفيه قولان كما في سراية التدبير ، إلا أنَّ ولدَ المدبَّرة لا يُعْتق بإعتاق الأم ، وهذا يُعْتق ؛ لأنّ أمّه تُعتق عن جهة الكتابة إذا عَتقتْ ، ولذلك يستتبع الولد .

فإن قلنا : يَسْري ، فحقُّ الملكِ في الولد للسيد أو المكاتبة ؟ فيه قولان :

أحدهما : أنه للسيد كالأم .

والثاني : أنه للأم ؛ لأنه من كسْبها .

ويتفرَّع على هذا : النفقةُ والكسبُ ، ولا شك أنه يُنْفق عليه من كسبه ، والفاضلُ منه يُصْرف إلى الأم إنْ قلنا : لها الحقّ . وإن قلنا : للسيد ، لم يُصْرف إليه ؛ لأنه كَسْبُ مكاتبة ؛ فيوقف . فإنْ عَتَقَ الولد تُعْتق الأم ، فالكسب له . وإن رَقّ سُلّم للسيد ، وفيه وجه : أنه يُصرف في الحال إلى السيد .

فإنْ قلنا : الكسبُ للأم ، فعليها نفقتُه إذا لم يكن كَسْبٌ . وإن قلنا : موقوف للسيد ، فهي[١] على / السيد . وقيل : إنه على بيت المال ؛ لأنه يتضرَّر إن[٢] توقَّفْنا في الكسب ؛ إذ يطالبه بالنفقة . وكذلك إعتاق السيد ينفذ إن قلنا : له حقُّ الملك . وإنْ قلنا : للأم ، فلا ؛ كما لا ينفذ في عبد مكاتبه . ٣١٨/أ

وأمّا أرْش الجناية عليه فهو كالكسب ، إلا أن يكون على روحه ، فإنه لا يمكن التوقف لانتظار العتق ، ففيه قولان :

أحدهما : أنه للسيد .

والآخر : أنه للأم .

أما ولدُ المكاتب من جاريته ، فهو ككسْب المكاتب ؛ فلا يتصرَّف السيدُ فيه ، لكن لو جنى

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فهو » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

الولدُ لم يكن للمكاتب أنْ يُفديه ؛ لأنه لا يتصرّف فيه بالبيع ويتصرّف في مال الفداء وفيه ضرر ، وفداؤه كشرائه .

إذا وطىء السيدُ المكاتبةَ فلاحَدَّ ولكنْ عصى ووجب المهر ؛ للشبهة . فإن أحْبلَها وولدتْ - وهي مكاتبة بعد - فعليه قيمةُ الولد لها إن قلنا : إنّ بَدَل ولدِها القتيل يُصْرف إليها .

ثم هي مستولدةٌ ومكاتبة . فإن[1] عَتَقت بأداء النجوم فَذَاك ، وإلا بَقيتْ مستولدةً فتعتق بموت السيد .

ومهما أتتْ بالولد - بعد العجز أو بعد العتق - فليس لها قيمةُ الولد قولًا واحدًا .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « فإذا » .

الحكم الخامس

حكم الجناية

وفيه صور :

الأول : إذا جنى على سيده - أو على أجنبّي - لزمه الأرشُ . فإن زاد على رقبته ، فهل يُطَالَب بتمام الأرش ؟ فيه قولان . وَجْهُ قولنا : لا يُطَالَب ؛ أنه يقدر على أنْ يعجّز نفسَه ، فيرد حقّ الأرش إلى قدر الرقبة .

الثانية : جنى عبدٌ من عبيد المكاتب ، فليس له فداؤه بأكثر من قيمته ؛ لأنه تبرعٌ .

الثالثة : جنى المكاتب[1] على أجنبي - فأعْتقَه السيدُ - فعليه فداؤه ؛ لأنه فوّت الرقبةَ كما لو قتله . ولو عَتَقَ بأداء النجوم فلا فداءَ عليه ؛ لأنه يجبر [2] على القبول .

الرابعة : لو جنى على السيد فأعتقه سقط الأرشُ إن لم يكن في يده شيء ؛ لأنه لا يُطالِب عبدَ نفسِه بالجناية بعد العتق . وقال[3] الإمام : ينبغي أنْ يطالبه بعد العتق ؛ لأن المطالبة توجّهت عند الجناية بخلاف القِنّ .

أما إذا كان في يده شيء ، فهل يتعلّق بما في يده ؟ إن قلنا : لا يتبع ذمته ، ذكر الأصحابُ وجهين ؛ إذْ شُبِّهَ فواتُ رقبتِه بالعتق - لما عَسرَت مطالبتُه - بالفوات[4] بالموت .

الخامسة : لوجنى ابنُ المكاتب فلا يفديه ؛ لأنه في معنى شرائه . ولو جنى ابنه [5] على عبده فهل يتبع الابن ؟ وجهان[6] .

السادسة : لو قتل عبدُ المكاتب عبدًا آخر ، فله أن يقتله قصاصًا بغير الإذن للزَّجْر . وكذا لو

---

(١) في (أ) ، (ب) : « جنى مكاتب » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « مجبر » . (٣) في (أ) ، (ب) : « قال » .

(٤) في الأصل : « الفوات » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) قوله : (ابنه) ساقط من (أ) ، (ب) . (٦) في (ب) : « وجهين » .

كان القاتل عبدَ أجنبيٍّ لم يلزمه طلب الدية . وخرج الربيع قولًا : أنه لا قصاصَ إلا بإذن السيد ، ويتعينَّ طلبُ الأرش لحقِّ السيد .

السادبعة : لو جنى على سيده بما يوجب القصاصَ ، فللسيد استيفاءُ القصاص .

ولو قُتِلَ المكاتبُ مات رقيقًا ، وللسيد طلبُ القيمة من القاتل .

* * *

كتاب أمهات الأولاد

مذهبُ العلماء[١] قاطبةً في هذه الأعْصَار أنّ من استولد جاريته : عَتَقَتْ عليه بموته ، ولم يَجُزْ بيعُها قبل الموت . وللشافعي (رضي الله تعالى عنه) قول قديم - وهو مذهبُ عليّ (كرم اللهُ وجهه) - أنه يجوزُ البيعُ ، فإنْ لم يتفق عَتقتْ بالموت . وقيل : معنى قوله القديم ، أنها لا تُعْتق بل الاستيلادُ كالاستخدام بإرضاع الولد . لكن اختلف الأصحابُ في أنه لو قضى قاضٍ بِبَيْع أمهاتِ الأولاد ، هل يُنْقض قضاؤه ؟ وكأنهم يرون الاتفاقَ بعد الاختلاف قاطعًا أَثَرَ الاختلاف[٢] .

ثم النّظرُ في أركانِه وأحكامِه . أما أركانُه فأربعةٌ :

الأول : أن يَظْهر على الولد خِلْقةُ الآدميّ . فإنْ كان قطعةَ لحمٍ ، ففيه كلامٌ مَضَى في العدة[٣] .

الثاني[٤] : أنْ ينعقد حرًّا[٥] . فلو انعقد رقيقًا[٦] لم يوجب الاستيلاد بعده .

الثالث[٧] : أنْ يُقارِنَ المِلْكُ الوطءَ ؛ فلو وطيءَ بالشبهة ، أَوْ غُرَّ بجاريةٍ[٨] فولدتْ منه حرًّا ، فإذا ملكها بعد ذلك ، ففي الاستيلاد قولان .

الرابع[٩] : أن يكون النسب ثابتًا منه . وقد ذكرنا مَظِنَّة لُحوقِ النسب .

وأمّا أحكامُه ، فهي كثيرةٌ ذكرناها في مواضعَ متفرقةٍ ، ونُنَبِّهُ الآنَ على أمور أربعة :

الأول : أنّ ولد المستولدة - من زنا أو نكاح[١٠] - يَسْرِي إليه حكمُها ؛ فيعتق بموت السيد وإنْ ماتت الأمُّ قبل موت السيد . ولا يُعْتق بإعتاق السيد أمَّه ، بل بموته .

---

(١) في الأصل : « مذاهب العلماء » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في نسخة أخرى : « أثر الخلاف » ثبت ذلك على هامش الأصل .

(٣) انظر باب العدة من كتاب « النكاح » .

(٤) ليست في النسخ الثلاثة ، وزدتُها تبيانًا .

(٥) وذلك إن كان الولد من سيدها .

(٦) وذلك إذا كان من نكاح أو زنى ، أو ولدت من وطء شبهة وكان الواطيء يعتقدها زوجته الأمة .

(٧) ليست في النسخ .

(٨) يعني تزوجها على أنها حرة ، فبانتْ أمةً .

(٩) ليست في النسخ .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « من نكاح أو زنا » .

وإذا فرعنا على أنه لو اشتراها بعد الاستيلاد صارت مستولدةً، فإنما يَسْري إلى وَلدٍ يَحْدُث بعد الشراء، وولدُها قبل ذلك / قِنٌّ. نعم، لو اشتراها وهي حاملٌ، فالظاهرُ أن الاستيلاد يَسْرِي ٣١٨/ب إلى الحمل. ويجوز أن يُخرَّج على سراية التدبير.

الثاني: تصرفاتُ السيد كلُّها نافذّة إلا إزالة الملك أو ما يؤدّي إليها كالرهن؛ فله الإجارةُ والاستخدامُ والتزويجُ بغير رضاها. وفيه وجه: أنه لا يُزوّج إلّا برضاها. ووجْهٌ: أنها لا تُزوّج أصلًا. وَوَجْهٌ: أن القاضي يُزوجها برضاها ورضاءِ السيد، والكلُّ ضعيفٌ.

الثالث: أرْشُ الجناية على طرفها وزوجها، للسيد. ولو ماتتْ في يد غاصبها، فعليه الضمانُ [للسيد][1]. ولو شهد شاهدان على إقراره بالاستيلاد، ورجعا بعد الحكم: غرما للورثة عند عتقها بموت السيد، ولم يغرما في الحال إذ لم يُزيلا إلّا سلطنة البيع[2]، وذلك لا يُتقوَّم.

الرابع: مستولدةٌ استولدها شريكان مُعْسران، فهي مستولدتُهما. فلو قال كلٌّ واحد: ولدتْ مِنّي أوّلا - وهما موسران - فهي مستولدة لكنا لاندري أنها مستولدةُ مَنْ؟ فلو ماتا عَتَقَت ظاهرًا وباطنًا، والولاءُ موقوفٌ. فإن مات أحدُهما عَتق نصيبُه؛ مؤاخذةً له بإقراره.

ولو كانا معسرين فماتا، فلكل واحد منهما نصفُ الولاءِ؛ إذ ليس يَثْبت لكلّ واحد إلا نصفُ الاستيلادِ. وحَكى الربيعُ أن الولاء موقوفٌ هاهنا أيضًا. وهو غلطٌ [3] والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب[3].

* * *

(١) زيادة في (أ).

(٢) في (ب): « سلطة البيع ».

(٣) في (أ)، (ب): « والله سبحانه وتعالى أعلم ».

تَمَّ الكتابُ بحمد الله تعالى ومَنِّه وحُسْن توفيقه .

وقد وقع الفراغ منه على يد الفقير إلى الله تعالى الراجي رحمة ربه ، المعترف بذنبه : إسحاق بن محمود بن ملكويه البشيا ابن خوامنى البردجردي ؛ في الخامس من ربيع الأول سنة خمس وأربعين وستمائة بالقاهرة المحروسة .

رحم الله من طالعه أو نظر فيه أو ترحّم على كاتبه .

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وعترته وصحبه أجمعين ، وسلم تسليمًا كثيرًا .

فهرس محتويات المجلد السابع

كتاب دعوى النسب وإلحاق القائف

* * *